

Este libro contiene las actas del III Congreso Internacional sobre "Cuestiones actuales del Derecho público", celebrado en A Coruña (España), los días 29 y 30 de abril de 2013. El encuentro científico se realizó en el marco de las acciones desarrolladas por la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, constituida en febrero de 2011 y en la que se integran en la actualidad cuatro universidades argentinas (Universidad Nacional del Litoral, Universidad Nacional de Rosario, Universidad Nacional del Comahue y Universidad Empresarial Siglo 21), dos universidades y un instituto de Brasil (Universidad de Santa Cruz do Sul, Universidad Católica do Paraná y el Instituto Romeu Felipe Bacellar Filho), tres universidades españolas (Universidade da Coruña, Universidad de Salamanca y Universidad de Huelva) y dos universidades italianas (Università Commerciale Luigi Bocconi y Università LUM Jean Monnet).

El libro está dedicado, por expresa voluntad de sus autores, a la Doctora Irmgard E. Lepenies, miembro del Consejo Directivo de la Red y persona esencial en su creación e impulso.



Marta García Pérez
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Dirección)

Carlos Aymerich Cano
J. José Pernas García
(Coordinación)

CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO PÚBLICO. ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA DRA. IRMGARD LEPENIES

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Marta García Pérez
(Dirección)

José Pernas García
Carlos I. Aymerich Cano
(Coordinación)

Cuestiones actuales del Derecho Público

Estudios en homenaje a la Dra. Irmgard Lepenies

AUTORES

<i>Jaime Rodríguez-Arana</i>	<i>Filippo Colapinto</i>
<i>Rogério Gesta Leal</i>	<i>Adriana Taller</i>
<i>Raquel Alianak</i>	<i>Vivian Lima López Valle</i>
<i>Alfonso Buteler</i>	<i>Manuela Mora Ruiz</i>
<i>Denise B. Friedrich</i>	<i>Antonello Tarzia</i>
<i>Luiç Egon Richter</i>	<i>Saulo Lindorfer Pivetta</i>
<i>Eneida Desirée Salgado</i>	<i>Daniel Wunder Hachem</i>
<i>Ianaíe Simonelli</i>	<i>Pilar Jiménez Tello</i>
<i>Emerson Gabardo</i>	<i>Manuel Ballbé Mallol</i>
<i>M^a Carla Pereiro Ribeiro</i>	<i>Justo Reyna</i>
<i>Analia Antik</i>	<i>José Luis Meilán Gil</i>

Colección: Libros de Actas de Congresos y Jornadas

Dirección:

J. José Pernas García

Consejo de Redacción:

Carlos Aymerich Cano

María del Carmen Rodríguez Martín-Retortillo

Consejo Científico:

Allan R. Brewer-Carias

Giusseppe Ferrari

François Julien-Lafèrrière

José Luis Meilán Gil

Enrique Rivero Ysern

Este libro colectivo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación “Mercado interior, libertades económicas y medio ambiente” (DER2011-28994), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España) en el marco de la convocatoria de Proyectos de investigación, subprograma de Proyectos de investigación fundamental no orientada.

Maquetación: Marta Luz Pérez César

Bubok Publishing S.L., 2014

1º edición

ISBN papel: 978-84-686-5227-6

ISBN digital: 978-84-686-5228-3

Impreso en España// *Printed in Spain*

Editado por Bubok

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	15

PRIMERA PARTE

CORRUPCIÓN POLÍTICA Y BUENA ADMINISTRACIÓN

AS TENSAS RELAÇÕES ENTRE BUROCRACIA PÚBLICA E CORRUPÇÃO	53

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	53

II. OS CONTORNOS CONSTITUTIVOS DA BUROCRACIA COMO FENÔMENO SOCIAL E INSTITUCIONAL	53

III. CÂMBIO DE MODELOS NO BRASIL: DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PATRIMONIALISTA À GERENCIAL – A BUROCRACIA ESTÁ SEMPRE PRESENTE	62
BIBLIOGRAFIA	82

LA ADMINISTRACIÓN INDOLENTE, A PROPÓSITO DE SU INERCIA ANTE EL VALOR “TIEMPO”	87

EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: LOS CASOS DE ARGENTINA, BRASIL Y ESPAÑA.....	110

I. INTRODUCCIÓN.....	110

II. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN	110

III. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN Y A LOS ÓRGANOS DE CONTROL	113

IV. ANALISIS COMPARADO DE LOS ORGANISMOS QUE CONTROLAN LA CORRUPCIÓN	114

1. Argentina	114
A. Particularidades.....	114
B. Previsiones constitucionales.....	115
C. Organismos anticorrupción	116
2. Brasil.....	123

A. Particularidades.....	123
B. Régimen constitucional.....	124
C. Organismos de control.....	126
3. España.....	128
A. Particularidades.....	128
B. Los organismos de control.....	128
BIBLIOGRAFÍA	131

A CORRUPÇÃO COMO UM FATOR REDUTOR DOS RECURSOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....

I. INTRODUÇÃO.....	135
II. BREVE CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	136
III. ESPAÇOS DE ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO E DO EXECUTIVO: MARGEM DE AÇÃO ESTRUTURAL E MARGEM DE AÇÃO EPISTÊMICA.....	142
IV. A REDUÇÃO DO ESPAÇO DE ATUAÇÃO DOS PODERES DEMOCRÁTICOS DEVIDO A PRÁTICAS CORRUPÇÃO.....	151
V. CONCLUSÃO	158
BIBLIOGRAFIA	158

CORRUPÇÃO: UM ATENTADO AO BOM GOVERNO, À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E À DEMOCRACIA.....

I. DA CORRUPÇÃO, SUAS CARACTERÍSTICAS E OUTRAS CONSIDERAÇÕES	162
II. DA CORRUPÇÃO E O BOM GOVERNO E A BOA ADMINISTRAÇÃO	173
III. DA CORRUPÇÃO E A DEMOCRACIA.....	181
IV. CONCLUSÕES.....	191
BIBLIOGRAFIA	193

EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD, LA NEUTRALIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS Y EL ABUSO DEL PODER POLÍTICO EN LAS ELECCIONES.....

197

I. LA DEMOCRACIA Y LA EXIGENCIA DE IGUALDAD	197
II. LA MÁXIMA IGUALDAD EN LA COMPETICIÓN ELECTORAL Y LA EXIGENCIA DE NEUTRALIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LAS CAMPAÑAS.....	207
III. EL ESLABÓN FUNDAMENTAL: LA PUBLICIDAD INSTITUCIONAL	216
BIBLIOGRAFÍA	220
MENSALÃO: UM ESTUDO DE CASO ACERCA DA CORRUPÇÃO ENQUANTO FENÔMENO POLÍTICO E SOCIAL	223
I. INTRODUÇÃO	223
II. CONCEITOS DE CORRUPÇÃO	225
III. CORRUPÇÃO: UM FENÔMENO POLÍTICO E SOCIAL.....	231
IV. MENSALÃO: O MAIOR CASO DE CORRUPÇÃO DA HISTÓRIA DO BRASIL	237
1. Processo Administrativo: Da instauração da CPMI ao Relatório Final	237
2. Da denúncia do Procurador-Geral da República	243
V. CONCLUSÃO	252
BIBLIOGRAFIA	254

SEGUNDA PARTE

LIBRE MERCADO E INTERÉS GENERAL

LAS COMPLEJIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE EXPLOTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN BRASIL.....	259
I. INTRODUCCIÓN.....	259
II. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	264
III. SERVICIO PÚBLICO VS. ACTIVIDAD ECONÓMICA EN SENTIDO ESTRICTO	267

IV. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRIVATIVOS DEL ESTADO EN BRASIL	270
V. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS NO PRIVATIVOS DEL ESTADO EN BRASIL.....	278
VI. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA COMPLEJIDAD DE LA CUESTIÓN PÚBLICO-INTERVENTORA EN BRASIL...	281
BIBLIOGRAFÍA	285
MERCADO Y DESARROLLO: ¿QUÉ HACER CON EL PODER ECONÓMICO? (EL CASO DE LAS BEBIDAS FRÍAS)	289
I. INTRODUCCIÓN.....	290
II. MERCADOS, LIBERTADES E INTERVENCIÓN.....	292
III. AMBIENTE INSTITUCIONAL EN EL SECTOR DE BEBIDAS FRÍAS EN BRASIL.....	296
IV. PESQUISA EMPÍRICA	299
1. Breve retrospectiva.....	299
2. Procedimiento metodológico	300
3. Resultados y Discusiones	301
A. Asociación Brasileira de Fabricantes de Refrigerantes	301
B. Asociación Italiana de Productores de Cerveza.....	303
4. Apuntes sobre el estudio empírico	305
V. CONCLUSIÓN	306
BIBLIOGRAFÍA	308

TERCERA PARTE

NUEVOS ESCENARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL	
REGULACIÓN DEL MERCADO DE SUELO.	
COMPETENCIA MUNICIPAL, SUPRANACIONAL E INCERTIDUMBRE GLOBAL	311
I. INTRODUCCIÓN A MANERA DE RACCONTO	311
II. HIPÓTESIS DE TRABAJO	312

III. DESARROLLO	313
IV. COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE SUELO	321
V. EL DERECHO ADMINISTRATIVO NO ES UN CONJUNTO DE NORMAS, NI ES DERECHO PÚBLICO INTERNO	323
VI. HÁBITAT Y GLOBALIZACIÓN	324
BIBLIOGRAFÍA	325
DERECHOS Y SERVICIOS PUBLICOS EN LOS NUEVOS MODELOS DE ORGANIZACION DE LAS CIUDADES.....	327
BIBLIOGRAFÍA	343
LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO LOCAL: PROBLEMÁTICA Y DESAFÍOS	345
I. INTRODUCCIÓN.....	345
II. PATRIMONIO.....	346
1. Preservación del patrimonio	349
A. Protección a nivel internacional.....	355
B. Protección del patrimonio a nivel nacional: Argentina.....	360
C. Protección del patrimonio urbano a nivel local	362
2. La gestión del patrimonio urbano cultural: los instrumentos de gestión	368
A. Instrumentos de planificación	371
B. Instrumentos de promoción y desarrollo	374
C. Instrumentos de Intervención Jurídica	381
D. Instrumentos Financiamiento	383
III. CONCLUSIONES	384
BIBLIOGRAFÍA	387

CUARTA PARTE

MODERNIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

NOVOS PARADIGMAS NAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	391

I. VIRAGEM PARADIGMÁTICA NO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO: A ALTERAÇÃO DO MODELO DA AUTORIDADE PELO CONSENSO	391
II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARITÁRIA E OS NOVOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A ARBITRAGEM E OS NOVOS LIMITES ÀS PRERROGATIVAS PÚBLICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	398
BIBLIOGRAFÍA	407
EL RECURSO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EJERCIDO POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES	409
I. LAS COORDENADAS ACTUALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LIBRE CONCURRENCIA, PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA Y SU GARANTÍA PROCESAL.....	409
II. EL RECURSO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN COMO FÓRMULA ESPECÍFICA DE TUTELA PRECONTRACTUAL: CARACTERES GENERALES	416
1. La regulación actual del recurso especial de contratación como punto de llegada de la evolución del Derecho Administrativo español de los contratos.....	416
2. Aspectos esenciales del régimen actual del recurso: ámbito material y legitimación.....	425
III. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES. PROCEDIMIENTO Y RESOLUCIÓN.....	429
IV. RECURSO ESPECIAL Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: ¿NUEVOS ELEMENTOS PARA EL CONTROL DE DICHA DISCRECIONALIDAD?	440
BIBLIOGRAFÍA	450

QUINTA PARTE

CRISIS Y TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO

DERECHOS Y PRESUPUESTOS: EN BUSCA DEL EQUILIBRIO	457
I. PRÓLOGO: LA VIEJA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS CONDICIONADOS	457
II. DERECHOS Y CIUDADANÍA EUROPEA	465
III. PRESUPUESTOS Y CONSTITUCIONES	470
1. La nueva Ley Fundamental Húngara	474
2. El nuevo artículo 135 de la Constitución Española	476
3. Las modificaciones a la Constitución Italiana	481
IV. ACOTACIONES SOBRE EL DEBILITAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN	486
BIBLIOGRAFÍA	488
RESTRICÇÕES À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS	493
I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS RESTRICÇÕES À SUA EFICÁCIA	493
II. RESTRICÇÕES À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: RESERVA IMANENTE DE PONDERAÇÃO, RESERVA DO POLITICAMENTE ADEQUADO OU OPORTUNO E RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL	495
1. A restrições de eficácia relacionadas à função de defesa dos direitos sociais (deveres estatais de respeito)	498
2. As restrições de eficácia relacionadas à dimensão prestacional dos direitos sociais (deveres de proteção e promoção)	500
III. A RESERVA DO POSSÍVEL E A RELEVÂNCIA NORMATIVA DA ESCASSEZ DE RECURSOS	503
1. A configuração teórica da “reserva do possível”	503
2. A relevância normativa da escassez de recursos	509
IV. CONCLUSÕES	516

BIBLIOGRAFÍA	516

SEXTA PARTE

TUTELA Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

PROCESO JUDICIAL COLETIVO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ECONÔMICOS E SOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO	521
I. INTRODUÇÃO.....	521
II. A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISTINÇÃO ENTRE “DIREITO FUNDAMENTAL COMO UM TODO” E “PRETENSÕES JURÍDICAS JUSFUNDAMENTAIS”	532
III. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FACETA TRANSINDIVIDUAL INERENTE A TODOS ELES	540
1. Da dimensão subjetiva à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais: identificação de efeitos jurídicos relevantes	542
2. A transindividualidade como característica comum a todos os direitos fundamentais e a possibilidade de ressubjetivização da dimensão objetiva	567
IV. A IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR GENERICAMENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AS TITULARIDADES ESTANQUES PREVISTAS NAS CATEGORIAS TRADICIONAIS DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA.....	581
1. A distinção entre direitos individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito positivo brasileiro e suas respectivas formas de tutela	583
2. Crítica da classificação tradicional brasileira em matéria de direitos fundamentais: todos eles ostentam dupla dimensão (individual e transindividual).....	610
BIBLIOGRAFÍA	627
EL JUEZ COMO MOTOR DEL CAMBIO Y DE INTEGRACIÓN GLOBAL	635

I. EL JUEZ COMO MOTOR DEL CAMBIO Y DE INTEGRACIÓN GLOBAL.....	635
1. El juez como asegurador de la democracia deliberativa.....	649
2. El juez como buscador del consenso y garantizador de los procedimientos de negociación y de conciliación previa.....	649
3. El juez como asegurador de un proceso integrador	649
4. El juez entendido como un juez que garantice el principio de checks and balances.....	650
5. El juez como factor de cambio	651
II. CONCLUSIONES.....	653
BIBLIOGRAFÍA	654
 FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ACTUACIÓN CONJUNTA PARA LA TUTELA ESPECIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES	
I. INTRODUCCIÓN.....	657
II. MARCO TEÓRICO	659
1. El Estado de Derecho Legal y el Estado de Derecho Constitucional	659
2. Las reglas y los principios jurídicos	663
3. Las dimensiones territoriales y el derecho administrativo	668
4. Los portales dimensionales; el espacio multidimensional y la actuación multidimensional.....	676
III. FUNDAMENTOS DEL PPRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ACTUACIÓN CONJUNTA PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	679
IV. CONCLUSIONES	693
BIBLIOGRAFÍA	694

CONFERENCIA CONCLUSIVA

SOBRE LA REVISION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	699
I. PLANTEAMIENTO	699

II. CONCEPCIÓN DEL ESTADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO.....	702
III. LA SUPERACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL.....	704
IV. EL PODER SERVICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS	708
V. NO NECESIDAD, SUSTITUCIÓN Y ALTERNATIVAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	715
1. El silencio administrativo.....	716
2. La autorización administrativa como excepción	717
3. Alternativas posibles al acto administrativo	717
4. El soft law.....	720
VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL.....	722
VII. REPLANTEAMIENTO DE LAS RELACIONES ESTADO-SOCIEDAD.....	724
1. La creciente participación privada	724
2. El protagonismo del mercado y la competencia	725
3. Prestaciones y servicios sociales.....	727
VIII. INSUFICIENCIA DE LA ÓPTICA DEL CONTROL PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	730
IX. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL	734
X. CONCLUSIONES.....	740
BIBLIOGRAFÍA	740

PRESENTACIÓN

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de A Coruña

Durante los días 29 y 30 de abril de 2013 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña el tercer encuentro de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. En el evento participaron docentes de diversas Universidades de ambos lados del Atlántico y se abordaron algunos de los temas de más relevancia del actual Derecho Administrativo. Para el Grupo de Investigación de Derecho Público Global que tengo el honor de conducir, el encuentro supuso un acicate y un estímulo más para construir un espacio de trabajo riguroso en lo que se refiere a la investigación de los aspectos de vanguardia de esta rama del derecho Público que cultivamos.

Pero si de satisfacción he de hablar, debo referirme a la protagonista de excepción a quien se han dedicado estas actas, por muchas razones que trataré de sintetizar: la doctora Irmgard Lepniés, Titular de Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional del Nordeste, Fiscal del Estado de la provincia de Santa Fe, actual Presidente de la Asociación de Derecho Público de Mercosur. Con especial satisfacción y como muestra de afecto, respeto y admiración intelectual y humana, quienes contribuimos en su día a organizar el tercer congreso nos congratulamos hoy de dedicar los estudios resultantes a su persona.

Irmgard Lepeniés es una mujer comprometida con la defensa del interés público en todos los sentidos. Es una persona que abre espacios y puertas a los demás y que constituye para los más jóvenes un magnífico ejemplo de laboriosidad y generosidad sin límites, cualidades que adornan una trayectoria de rigor y trabajo bien hecho. Es un verdadero privilegio tratarla y por eso tiene tantas y tantos amigas y amigos que la consideran como lo que es: una verdadera maestra de la vida en su sentido más cabal.

En estos momentos tan especiales de su vida académica y personal, nos parecía de justicia ofrecerle a modo de homenaje las

“Cuestiones actuales de Derecho Público”, trabajadas y plasmadas en una obra colectiva que no es sino el reflejo de la colaboración académica que se impulsa desde una red que un buen día tuvo el ánimo de impulsar con el acompañamiento incansable del profesor Justo Reyna.

El proyecto de REDOEDA, que naciera en Santa Fe hace tres años, gracias a la iniciativa de ambos, sigue su curso si cabe cada día con más fuerza y compromiso con ese Derecho Administrativo diseñado a escala humana que aspira a lograr la mejora de las condiciones de vida de las personas que habitan nuestros respectivos países. En esta edición, gracias al tesón y dedicación de la profesora Marta García y a todos los colegas del Grupo de Investigación de Derecho Público Global de la Universidad de A Coruña, ha sido posible que nuestra *alma mater* haya podido acoger este evento, al que seguirá el de Bari en el próximo año de 2014, dando así continuidad a la idea fundacional nacida en la provincia argentina de Santa Fe.

Para nosotros ha sido un gran privilegio auspicar este tercer congreso y contar con la participación de tan destacados juristas del Derecho Administrativo de ambos hemisferios. Los temas que se han tratado, a los que me voy a referir a lo largo de esta presentación, acreditan que nuestra disciplina está más viva que nunca y que desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario es capaz de levantarse como un baluarte frente a los intentos que, desde el poder político y el poder financiero, tratan de convertirla en sumisa y doméstica colaboradora a su servicio.

En este sentido, el primer panel, dedicado a la corrupción y a la buena administración, contó con la conferencia inaugural del profesor Rogerio Gesta Leal, que en la actualidad dirige un proyecto de investigación internacional sobre la materia, y con la participación de los profesores y profesoras Raquel Alianak, Alfonso Buteler, Denise Friedrich, Luiz Egon Richter, Eneida Desiree Salgado e Ianaie Simonelli.

La preocupación por la corrupción es tan antigua como la propia historia del hombre. Se trata de un fenómeno que tiene mucho que ver con el ejercicio inapropiado del poder, sea éste político, económico o social. Lógicamente, en los tiempos que corren, inicios del siglo XXI, la batalla contra la corrupción debiera rendir mejores resultados. La realidad es la que es y, en este como en otros campos de la actividad humana, la humanización de las relaciones sociales y la necesidad de construir el orden económico y social mundial desde la consideración central del ser humano, invitan a seguir trabajando, efectivamente, por encontrar y diseñar otras políticas públicas que ayuden de verdad a mejorar las condiciones de vida de la ciudadanía.

A juzgar por el reciente informe publicado por la Comisión Europea, la corrupción nos cuesta a los europeos nada menos que 120.000 millones de euros. Una cantidad de dinero que dedicada a los servicios sociales podría paliar la asfixiante situación que aqueja a tantos millones de hogares de toda la Unión Europea. Por si fuera poco, según este análisis, el 95% de los españoles es de la opinión de que la corrupción en nuestro país es general. En Italia lo piensa el 97% y en Grecia el 99, mientras que en Alemania el 59% de los consultados es del mismo criterio. En Dinamarca el 75% piensa que la corrupción es algo excepcional, en Finlandia el 64% y en Suecia el 54%.

Sean exagerados o no estos dígitos, manifiestan algo que es obvio a poca información y experiencia que se tenga en el trato con el mundo político o empresarial. La corrupción es siempre cosa de dos, y a veces la corrupción es solicitada desde el sector privado y en otras ocasiones desde el sector público. En realidad, cuándo la población expresa un sentimiento tan generalizado, es porque además de la corrupción evidente percibe otro ambiente de corrupción si se quiere más grave y pernicioso. La corrupción blanca o gris, aquella que no es siempre es formalmente ilegal o que no siempre se puede probar en un proceso judicial. Son los casos de acosos sutiles en el trabajo, las formas de esclavitud laborales producidas por salarios inhumanos, la compraventa de favores a determinados niveles, o, entre otras prácticas, el uso del poder para amedrentar y laminar.

Los datos de percepción de la corrupción en España son demoledores. No hay más que estudiar la evolución de la cuestión en la serie temporal del CISS, donde la corrupción es, creciendo, la segunda principal preocupación de los españoles tras el desempleo. Quien más y quien menos saben bien lo que pasa al interior de tantas organizaciones y entidades públicas y privadas. Incluso la corrupción ha aumentado en estos tiempos de crisis, lo que es realmente grave puesto que millones de ciudadanos no tienen trabajo mientras otros, en un abrir y cerrar de ojos, a través de las más sofisticadas formas de manejo de información privilegiada, pueden ingresar en su cuenta corriente cifras de muchos dígitos.

Esto es especialmente lacerante para tantas personas que trabajan de sol a sol para poder mantener con grandes carencias a su familia. Es tan injusto como la ausencia de reformas que de verdad entren al fondo de la cuestión. Una cuestión que ciertamente precisa de más cambios, pero que esencialmente reclama un cambio cultural que lejos de producirse sigue pendiente desde hace años.

En efecto, mientras el orden político, económico y social siga basado sobre la obtención del mayor número de votos a como dé lugar, o por la consecución de los máximos beneficios en el más breve plazo de tiempo posible, seguiremos instalados en la corrupción. Una corrupción a la que se han arrimado tantas y tantos que sin tener un oficio o profesión estable, se atrincheran, a base de adulaciones y otras lindezas, en las aguas turbias y oscuras de determinadas estructuras que todo conocemos bien.

El informe de la Unión Europeo señala como causa de la corrupción la financiación de los partidos políticos, el urbanismo y la contratación pública. Pues bien, un estudio reciente demuestra que los partidos se financian fundamentalmente con cargo a las arcas públicas. En efecto, el informe del profesor Mikel Buesa, de 2013, constata que los ingresos de los partidos se nutren mayoritariamente, hasta el 83%, con fondos públicos. Es decir, con aportaciones que proceden del bolsillo de los ciudadanos. Ahora, tras la prohibición de que las empresas hagan aportaciones a las formaciones, la financiación pública será del 100%. Es decir,

se convertirán los partidos, si no lo son ya, en una especie de Administraciones públicas en las que, sin embargo, el personal se recluta con arreglo a los más peculiares procedimientos, bien alejados por cierto del sistema propio de la función pública.

Por esta razón, porque se trata de instituciones de interés general, no instituciones meramente privadas, que se financian sobre todo con fondos públicos, deben estar sometidas completamente a la ley de transparencia, no parcialmente como pareciera deducirse de su articulado. Así, sus contratos, sus procesos de selección de personal, y, sobre todo el destino concreto de estas subvenciones, deben ser de conocimiento público. Que la presión social a causa de la corrupción política haya aconsejado a los promotores de la ley recientemente aprobada en las Cortes incluir a los partidos en esta ley no debe hacernos olvidar que la causa de tal inclusión es, ni más ni menos, que se trata de instituciones de interés general que manejan fondos de todos.

Si bien en la transición política a la democracia en España era justificable que los partidos, que estaban en sus inicios, contaran mayoritariamente con ayuda pública, hoy, tres décadas después, las cosas debieran ser de otra manera. Es verdad que hay que tener sumo cuidado con la financiación privada para que estas instituciones no acaben en manos de élites, pero no podemos olvidar que el sistema actual ha permitido que los partidos sean prácticamente del dominio, en cada caso, de la cúpula dirigente.

Los datos sobre la financiación de los partidos aconsejan que las reformas contemplen esta realidad. No puede ser que hoy las formaciones partidarias se hayan convertido en cortijos o haciendas de determinados dirigentes que por décadas se instalan cómodamente en las tecnoestructuras para hacer su voluntad.

Los partidos, si quieren ser lo que deben ser, y sobre todo, si quieren adecuarse al espíritu y a la letra de la Constitución, deben iniciar procesos de reforma sustanciales. Hay que cambiar normas y hábitos para que penetre de verdad la sabiduría de la democracia y de la participación. El momento, en plena crisis, es oportuno y la sociedad española lo agradecerá. Prohibir las donaciones de personas jurídicas privadas para intentar aparcarse un problema concreto de financiación es insuficiente y hasta puede ser nocivo

en el futuro. Más se conseguiría con plena transparencia, con acceso completo a las agendas de los dirigentes públicos, y, sobre todo, con una norma general que fomente la democracia real al interior de las formaciones. Algo que, por lo que parece, ni está previsto ni se espera, pues no existe voluntad concreta de dar cumplimiento a algo tan sencillo como exigente como lo que manda el artículo 7 de la Constitución española.

Por otra parte, la buena Administración pública, sea como principio, como obligación de la Administración o como derecho fundamental de la persona, trae consigo, cuándo es practicada, una considerable reducción de la corrupción. En realidad el tema es estructural y se refiere a la recuperación de la perspectiva ética, de servicio a la ciudadanía, que siempre ha caracterizado a las Administraciones públicas. Quizás tengamos que esperar algún tiempo para saber si estamos ante una moda pasajera o si, por el contrario, así lo esperamos, nos hallamos ante un aspecto permanente, material, que afecta al proceso dinámico del arte o de las técnicas de dirección gobierno en la Administración pública

En cualquier caso, lo que sí parece evidente, dada la grave situación de crisis económica, integral, que atravesamos, es que la forma de gobernar, de administrar las instituciones públicas, al menos en el mundo occidental, debe cambiar sustancialmente. La ineficiencia, ineficacia y, sobre todo, el sistemático olvido del servicio objetivo al interés general en que debe consistir la esencia de la Administración pública, aconsejan nuevos cambios en la forma de comprender el sentido que tiene el gobierno y administración del interés general.

La buena Administración pública es un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental, y, también, además, de una obligación inherente a la esencia de los Poderes públicos, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración, está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.

Además, el principio, y obligación, de la buena Administración pública, vincula la forma en que se deben dirigir las instituciones

públicas en una democracia avanzada. Dirigir en el marco de la buena Administración pública supone asumir con radicalidad que la Administración pública, existe y se justifica, en la medida en que sirve objetivamente al interés general.

Las instituciones públicas en la democracia no son de propiedad de sus dirigentes, son del pueblo que es el titular de la soberanía. El responsable tiene que saber, y practicar, que ha de rendir cuentas continuamente a la ciudadanía y que la búsqueda de la calidad en el servicio objetivo al interés general debe presidir toda su actuación.

En el presente, momento de profunda crisis en tantos sentidos, la indignación reinante también se canaliza hacia la exigencia de una buena Administración pública que trabaje sobre la realidad, desde la racionalidad y, centrada en el ser humano, actúe con mentalidad abierta, buscando el entendimiento haciendo gala de una profunda sensibilidad social.

La buena Administración pública tiene mucho que ver con la adecuada preparación de las personas que dirigen en los organismos públicos. Deben tener mentalidad abierta, metodología del entendimiento y sensibilidad social. Deben trabajar sobre la realidad, utilizar la razón y contemplar los problemas colectivos desde perspectivas de equilibrio para ser capaces de entender dichos problemas y contemplar la pluralidad de enfoques y dimensiones que encierran situando en el centro al ser humano y sus derechos inviolables.

La dimensión ética incorpora un componente esencial a la buena Administración: el servicio objetivo al interés que ha de caracterizar, siempre y en todo caso, la acción administrativa y la imponente directiva de los responsables.

En este tiempo de crisis la perspectiva finalista del poder ha hecho acto de presencia con inusitada fuerza. El poder, en esta orientación tan presente en nuestros países, ya no es un medio para la mejora de las condiciones de vida de las personas. Es, desde la perspectiva tecnoestructural, ocasión y forma de enriquecimiento y de influencia creciente de los dirigentes.

Además, desde la dimensión estática del Estado del bienestar muchas Administraciones públicas, especialmente en el denominado mundo occidental, han estado tomadas por personajes dispuestos, como sea, a mantenerse en el poder. Para ello no han dudado en poner en marcha esa fabulosa maquinaria de subvenciones, subsidios y dádivas de toda especie con el fin de mantener bajo control a la ciudadanía.

Una buena Administración pública es aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia. Es decir, una Administración pública que sirva a la ciudadanía, que realice su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se oriente continuamente al interés general. Un interés general que en el Estado social y democrático de Derecho reside en la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas.

Estas notas o características a las que hemos hecho referencia, que se deben completar con la reciente Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública, aprobada en el seno del CLAD el 10 de octubre de 2013, no son novedosas ni han sido puestas de manifiesto por primera vez en este tiempo. Si ahora subrayamos la importancia de la buena Administración pública es por contraste. Porque en estos años del modelo estático del Estado del bienestar, la Administración ni ha servido al pueblo, ni lo ha hecho objetivamente, ni, evidentemente, ha tendido al interés general.

Sencillamente, la Administración fue tomada, durante el apogeo del Estado del bienestar que denomino estático, por los grupos políticos y a ella ha servido casi en exclusiva. En lugar de explicar y justificar sus decisiones, se encerró en una torre de marfil y decidió cerrarse a la sociedad consciente de que los partidos controlaban el resto de los poderes para acampar, más o menos, en la impunidad. En este contexto, la Administración pública creció y creció y a su amparo surgieron todo tipo de estructuras públicas, las más de las veces sometidas al derecho privado, para dar cobijo a la legión de personal de procedencia política que había que colocar para retribuir servicios prestados. Las manifestaciones de la mala Administración pública no se hicieron esperar.

La forma ordinaria de financiación de los servicios públicos fue el recurso al endeudamiento. En lugar de atender a las necesidades colectivas de los ciudadanos, se atendió a las necesidades del mantenimiento en el poder. La negligencia, la ausencia de criterios éticos y la conversión del aparato administrativo en una colosal maquinaria de laminación del adversario y de control social, reclamaron la vuelta a la buena Administración pública.

Efectivamente, cíclicamente el aparato administrativo se desvía de sus fines y es necesario poner en marcha una nueva reforma. Por eso, desde el principio de la Administración pública, su reforma ha sido, es, y seguirá siendo, una cuestión esencial, un asunto que acompaña inexorablemente su existencia y funcionamiento.

Desde esta perspectiva, las reformas administrativas deben levantarse en función de las necesidades públicas de las personas y no en función de los intereses burocráticos o tecnocráticos de las Administraciones públicas. ¿Por qué? Porque, como bien sabemos, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La ingente tarea que supone construir una buena Administración pública este aspecto de la vida pública requiere profundizar en una idea sustancia: asegurar las libertades reales de la ciudadanía. Desde esta perspectiva, la Administración pública aparece como uno de los elementos clave para asegurar que las aspiraciones colectivas de los ciudadanos puedan hacerse realidad.

En este sentido, no podemos dejar de subrayar insistentemente la centralidad de la persona para la buena Administración pública. Efectivamente, el ser humano, con el cúmulo de circunstancias que lo acompañan en su entorno social, es el auténtico sujeto de los derechos y libertades. A ese hombre, a esa mujer, con su determinada edad, su grado de cultura y de formación, mayor o menor, con su procedencia concreta y sus intereses particulares, propios, legítimos, es a quien la Administración pública sirve para que se pueda desarrollar en libertad solidaria.

El personal al servicio de la Administración pública, para poder desempeñar su tarea con talante de servicio y eficacia necesita, además de los medios y condiciones de trabajo adecuados, un constante esfuerzo en su competencia profesional para consolidar una Administración pública que no es una entidad abstracta. La integran personas tan reales como los ciudadanos a los que sirve.

Por otra parte, una Administración pública al margen del principio de juridicidad, que actuara sin normas de cobertura, en función de los caprichos y deseos de sus dirigentes, sería una mala Administración pública. El sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho es una de las mejores garantías para que la ciudadanía sepa que toda la actuación del complejo Gobierno-Administración: actos, silencios, omisiones, vías de hecho o inactividades, todo, puede ser controlada jurídicamente por los Jueces y Tribunales.

En las formulaciones recientes sobre la buena Administración pública suele estar siempre presente la dimensión ética, seguramente porque se ha caído en la cuenta de que la buena Administración pública debe estar orientada al bienestar integral de los ciudadanos y debe facilitar, por tanto, a quienes son sus destinatarios su mejoramiento personal.

La importancia de la Ética en relación con la muy noble actividad pública continua siendo en el presente uno de los aspectos más complejos de afrontar probablemente porque todavía el poder y el dinero son grandes ídolos a los que se adora con intensa devoción. El poder por el poder, sea financiero o político, explica sobradamente el sentido de la crisis en la que nos encontramos.

En efecto, la relación entre Ética y Administración pública en sentido amplio constituye un problema intelectual de primer orden, de gran calado. Desde los inicios mismos del pensamiento filosófico y a lo largo de toda la historia en Occidente ha sido abordado por tratadistas de gran talla, desde las perspectivas más diversas y con conclusiones bien dispares. Y por mucho que se haya pretendido traducir algunas de ellas en formulaciones políticas concretas, la experiencia histórica ha demostrado sobradamente que ninguna puede tomarse como una solución definitiva de tan difícil cuestión.

El centro de la Administración pública, repito, es la persona, el ciudadano. La persona, el ser humano, no puede ser entendido como un sujeto pasivo, inerte, puro receptor, destinatario inerte de las decisiones públicas

Definir a la persona como centro de la acción pública significa no sólo, ni principalmente, calificarla como centro de atención, sino, sobre todo, considerarla el protagonista por excelencia de la Administración pública. Aquí se encuentra una de las expresiones más acabadas de lo que entiendo por buena Administración pública en el marco democrático.

Afirmar que la libertad de los ciudadanos es el objetivo primero de la acción pública significa, pues, en primer lugar, perfeccionar, mejorar, los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que definen el Estado de derecho como marco de libertades. Significa también crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo, la cancha, en la que jugar, libremente su papel activo, en el que desarrollar su opción personal, en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integrado.

Establecidas estas condiciones, el ejercicio real de la libertad depende inmediata y únicamente de los propios ciudadanos, de cada ciudadano. La buena Administración pública ha de mirar precisamente a la generación de este ambiente en el que cada ciudadano pueda ejercer su libertad de forma solidaria. Para ello, los administradores de la cosa pública han de tener siempre bien presente que la acción pública ha de atender de manera preferente al bienestar integral de todos los ciudadanos.

El solar sobre el que es posible construir una buena Administración pública es, insistimos una vez más, el de la realidad del ser humano, una realidad no acabada, ni plenamente conocida, por cuanto es personalmente biográfica, y socialmente histórica, pero incoada y atisbada como una realidad entretejida de libertad y solidaridad, y destinada por tanto, desde esa plataforma sustantiva, a protagonizar su existencia.

La buena Administración pública no puede reducirse, pues, a la simple articulación de procedimientos, con ser éste uno de sus

aspectos más fundamentales. La administración buena Administración pública debe partir de la afirmación radical de la preeminencia de la persona, y de sus derechos, a la que los poderes públicos, despejada toda tentación de despotismo o de autoritarismo, deben subordinarse.

La afirmación de la prioridad del ser humano, de la sustancialidad de la persona es el elemento clave de la configuración ética de la buena Administración pública. Pero hablar de configuración ética no puede entenderse como la articulación de una propuesta ética concreta, definida, que venga a constituir una especie de credo o de código de principios dogmáticos desde los que se pretenda hacer una construcción política.

El segundo panel se dedicó a la cuestión del libre mercado e interés general y contó con las aportaciones del profesor profesor Emerson Gabardo y la profesora Marcia Carla Pereira Ribeiro.

En Europa, en el momento presente, el equilibrio entre el mercado y el interés general es un tema de rabiosa y palpitante actualidad. En efecto, las relaciones entre la libertad y el poder público, entre la intervención pública y los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, conforman uno de los puntos cardinales desde el que se alumbra un nuevo Derecho Administrativo que, como diría González Navarro, se nos presenta como el Derecho del poder para la libertad o, como me permito concretar, el Derecho del poder público para la libertad solidaria.

El sentido de la libertad económica y el alcance de la presencia del Estado en la economía es un tema permanente del debate acerca de las relaciones entre libertad y Estado. En el caso del Derecho de la Unión Europea, la pugna entre libertades económicas, libertad de circulación de personas, bienes o servicios y el interés general constituye un botón de muestra bien elocuente de la tensión que siempre ha existido entre libertad e intervención pública. El equilibrio entre las libertades económicas y la cohesión social, qué duda cabe, es precisamente uno de los grandes desafíos de la construcción europea que, por la preponderancia de la

dimensión mercantil, está dando al traste con la propia personalidad e identidad de un continente que fue capaz de comprender durante largo tiempo la relevancia de la libertad solidaria, la importancia del sentido del límite.

En efecto, las libertades tienen límites. El interés general también tiene límites. Las libertades a veces colisionan unas con otras y es menester realizar una tarea de ponderación que permita, en cada caso, preservar la dignidad del ser humano. Y, en ocasiones, las más, el despliegue operativo de esas libertades puede lesionar el interés general, tantas veces, como se demuestra en las páginas de este libro, residenciado en el derecho al medio ambiente, que también es un derecho fundamental del ciudadano. En materia agraria, en materia ganadera especialmente, las normas comunitarias, directivas y reglamentos, limitan, en algunos casos prohíben, la libre circulación de animales o plantea que puedan ocasionar atentados al medio ambiente. En estos supuestos, el Tribunal de Justicia, cuándo ha tenido que conocer de alguna cuestión prejudicial, ha dejado bien claro, como no podía ser de otra manera, que esos límites deben estar acreditados, argumentados, motivados.

Que la regla general sea la un mercado interior con libertad de circulación de personas, bienes y servicios no quiere decir, ni mucho menos, que no existan excepciones. Unas excepciones que cobran sentido porque ayudan a entender el juego de la libertad desde la perspectiva de los valores comunitarios. Si la libertad económica y la cohesión social son los dos componentes básicos de la identidad europea, es lógico que las libertades económicas y comerciales se entiendan desde este punto de vista. Es más, una concepción absoluta de la libertad económica no sería comunitaria pues atentaría gravemente a la esencia de los Tratados fundacionales. En el mismo sentido, una idea ilimitada del interés general, sin concreción y sin argumentación, igualmente constituiría una profunda quiebra de la sustancia comunitaria.

Desde mi particular aproximación a las ciencias sociales a partir de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, se entiende francamente bien la funcionalidad del mercado interior en la Unión Europea y su necesaria

interacción con aspectos nucleares del interés general como pueden ser la protección del medio ambiente y la preservación de la salud. Libertad e interés general no son realidades contrapuestas o que se relacionen únicamente desde la confrontación. Más bien son dos realidades complementarias, que se entienden desde la integración y la armonía al servicio de la dignidad del ser humano, que es, como todos sabemos, la piedra de toque del Ordenamiento fundacional europeo.

El artículo 30 del Tratado de la Unión Europea, como es bien sabido, prohíbe en el comercio entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente. El principio es la libertad de circulación y la excepción la restricción. Es decir, tanta libertad como sea posible y tanta restricción como sea necesaria para garantizar la libertad de circulación de forma objetiva y adecuada. El Tribunal de Justicia ha entendido, en reiterada jurisprudencia, que debe considerarse como medida de efecto equivalente a la restricción cuantitativa, cualquier normativa comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar de forma directa o indirecta, real o potencialmente, el comercio intracomunitario. Sin embargo, como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1998, el artículo 30 del Tratado no será un obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación cuándo estas se justifiquen, en particular, por razones de protección de la salud de las personas, con la condición de que tales prohibiciones o restricciones no constituyan ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Las limitaciones deben ser razonables, lo que significa que la arbitrariedad en la restricción no es posible. En efecto, la restricción debe estar adecuadamente razonada, motivada, justificada. En el caso de la protección ambiental el Tribunal se refiere a exigencia imperativa.

Parece, a juzgar por la realidad actual y, sobre todo, por la evolución que ha tenido en Europa esta cuestión, que deberíamos releer con más profundidad, desde una perspectiva más amplia, a los profesores de la Escuela de Friburgo, a los inventores del concepto de la economía social de mercado o de economía de mercado social. Sobre todo cuándo formulaban aquella máxima

tan célebre, y tan relevante: tanta libertad como sea posible y tanta intervención como sea imprescindible.

La intervención pública en esta materia solo tiene sentido para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades desde parámetros de racionalidad y objetividad. El mercado tiene reglas. Sin reglas el mercado sería la selva. La libertad tiene límites, como también las tiene la intervención pública. El equilibrio, la ponderación, la medida en los espacios de complementariedad entre estas dos realidades, ayuda a encontrar las soluciones a las tensiones que se producen entre el ánimo de lucro y la necesidad de preservar el interés general, tantas veces situado en cuestiones de salud o de medio ambiente. Por eso la jurisprudencia del Tribunal Superior se refiere a discriminaciones arbitrarias, restricciones encubiertas o exigencias imperativas. Porque la limitación de la libertad, que es la regla, debe ser razonada. Más todavía, el grado de racionalidad de la limitación vendrá exigido por la intensidad de la libertad de comercio en el sector de que se trate. Por eso, el riesgo de una amenaza ecológica como consecuencia de la libre circulación de especies animales peligrosas o potencialmente dañinas para el medio ambiente es, qué duda cabe, una exigencia imperativa para la limitación.

En realidad, tras la existencia de límites a las libertades reconocidas en los Tratados fundacionales se encuentra la misma construcción de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho. Tema al que en el pasado he prestado alguna atención y que me parece que está en la médula del entendimiento del sentido moderno del Derecho Público Económico. En el fondo, en esta construcción doctrinal, y jurisprudencial del sentido de las libertades en el Estado social y democrático está la clave para comprender el papel de la libertad y de la intervención, la función del derecho fundamental de la persona y del Estado, el entendimiento de para mí la noción clave: la libertad solidaria. Libertad económica y cohesión social, libertad e interés general son conceptos que se entienden desde la complementariedad. Desde el Derecho Administrativo Constitucional se comprende cabalmente el sentido de los límites al ejercicio de las libertades como proyecciones de su

entendimiento desde la cláusula del Estado social y democrático de Derecho.

El tercer panel se centró en uno de los aspectos más relevante de la Reforma Administrativa, como es de la referida a las Administraciones locales. Participaron en él las profesoras y profesores Analia Antik, Filippo Colapinto y Adriana Taller.

El régimen local es, desde luego, uno de los asuntos de mayor calado del Derecho Público y la Teoría del Estado. Sobre todo porque la primera noción de lo general, de lo público, de lo común, que aprende cualquier persona, tras la experiencia familiar y escolar, es la local. En efecto, en el espacio local se entra en relación con la dimensión pública y, por ello, es el primer eslabón de la cadena administrativa y gubernamental con la que se encuentra el ciudadano, que en su expresión más cercana, se llama vecino. Además, el laboratorio más fructífero de las reformas administrativas y gubernamentales siempre ha sido el local, también incluso para el diseño y construcción de las principales instituciones y categorías del derecho administrativo.

España, que es un Estado descentralizado política y territorialmente, disfruta de una magnífica y amplia tradición de régimen local. En unos momentos, las autoridades locales dependieron del jefe político, en otras del gobernador civil, mientras que en otros momentos gozaron de autonomía para la gestión y administración de sus intereses propios. Autonomía que, al menos desde la Constitución de 1978, no es sólo administrativa, sino esencialmente política. El hecho de que no aparezcan las Entidades locales en el artículo 2 de la Constitución en modo alguno supone la negación de la autonomía política. La tienen sencillamente porque representan intereses públicos y sus regidores son elegidos por el pueblo. Son también, por ello, auténticos gobiernos que dirigen las correspondientes administraciones. Lamentablemente, nuestra Constitución no estableció, como en otras latitudes, un listado de competencias concreto y específico. Se prefirió dejar la regulación de los asuntos a las Cortes Generales y los temas específicos a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

La actual regulación del régimen local data de 1985 y está obsoleta en bastantes de sus aspectos básicos. Sobre todo porque entonces se prefirió seguir la tradición centralizadora francesa, que se impuso precisamente en las Cortes de Cádiz y que a día de hoy es la principal causa del ajuste estructural de los Entes locales. En este sentido, la estructura organizativa de estos Entes sigue un patrón común se tengan muchos o pocos habitantes. Y en 2003, además, se decidió aumentar exponencialmente las estructuras de gobierno locales a través de la instauración de un complejo régimen de altos cargos que ha terminado por complicar la propia gestión y administración de los espacios locales.

El Gobierno del Reino de España acaba de aprobar, el 27 de diciembre de 2013, una reforma de la ley de 1985 que persigue clarificar las competencias locales, simplificar la estructuras públicas locales, mejorar la gestión de estas instituciones, profundizar en los sistemas de control y aplicar el principio de estabilidad y equilibrio presupuestario. En realidad la vieja Ley de 1985 parte de premisas y presupuestos del pasado y trabajó sobre la idea de Corporaciones de neta naturaleza administrativa. Por eso, lo razonable es aprovechar la necesaria reforma de la Constitución, que ni un libro sagrado ni un fósil que haya de conservarse sin cambio alguno, y diseñar un sistema competencial entre los tres poderes públicos: Estado, Autonomías y Entes locales, que permita un ejercicio de las competencias más razonable y más apegado a la realidad, a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Insisto, esto que sería lo ideal requiere de un grado de consenso que a juzgar por la situación política del país no parece posible en estos momentos.

España tiene muchos Entes locales de tamaño y población bien dispares. En general disponemos de muchos municipios pequeños que en realidad, ahora lo estamos comprobando a diario, no tienen ni medios materiales ni personales para atender adecuadamente las necesidades colectivas de los vecinos. Por eso, las diputaciones deben cobrar mayor funcionalidad como instituciones supramunicipales de apoyo a los pequeños municipios tal y como se plantea en el la ley recientemente aprobada.

La reforma de las competencias locales debiera realizarse desde una perspectiva integral, teniendo presente las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y, sobre todo, analizando en profundidad en qué nivel de Gobierno se pueden ejercer mejor tales o cuales competencias, siempre desde la consideración de la mejora de las condiciones de vida para los vecinos.

El tema competencial en realidad trasciende al legislación ordinario al ser una cuestión de Estado de relevancia constitucional. De ahí que también en sede constitucional deberían establecerse los principios de lo que denomino gobierno o administración integrada o sincronizada. No puede ser, de ninguna manera, que sigamos abordando estas cuestiones desde esquemas unilaterales, sin calibrar las profundas implicaciones que una reforma de las competencias de unos Entes públicos producen en otros y, sobre todo, en la calidad de vida de los vecinos. Si las competencias no están al servicio de las personas, no tienen razón de ser en un Estado de Derecho.

El cuarto panel, dedicado a la modernización del régimen de la contratación pública, contó con la presencia de las profesoras Vivian Lima López Valle y la profesora Manuela Mora Ruiz.

El contrato administrativo, o mejor, los contratos administrativos, constituyen, es bien sabido, un tema central del programa del Derecho Administrativo. Actos y contratos son, es bien sabido, las dos expresiones más conocidas de la manera en que la Administración pública intenta servir objetivamente el interés general.

En efecto, a través de la actuación contractual, la Administración pública aparece en el tráfico jurídico para proporcionar servicios públicos a los ciudadanos y se presenta como garante de los intereses públicos, investida de todo un conjunto de potestades que se justifican, en definitiva, en la medida del servicio objetivo al interés general.

Ciertamente, en el ámbito contractual la idea de la colaboración es la que explica la naturaleza de las relaciones entre la propia

Administración pública y el empresario que finalmente presta el servicio o realiza la actividad objeto del contrato de que se trate. Ahora bien, para que ese servicio o esa actividad se realice de acuerdo con el interés público, la Administración pública dispone de un conjunto de potestades, prerrogativas las llama el legislador, muy relevantes que ayudan a entender la posición peculiar que también tiene la propia Administración en los denominados contratos públicos. En cualquier caso, interesa dejar constancia, en efecto, de que la idea de la colaboración constituye el meollo de la cuestión, adquiriendo, por ello, las “prerrogativas” un marcado carácter instrumental en orden a garantizar que el objeto del contrato sigue las exigencias del interés público ordinariamente explicitadas en el propio pliego del contrato. Hoy esta doctrina que nace en Francia de la mano de Hauriou es una realidad confirmada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reino de España, dónde encontramos algunos pronunciamientos que, desde hace décadas, no dejan lugar a dudas: “en la más moderna concepción del contrato administrativo el contratista ha dejado de ser un titular de intereses antagónicos a los de la Administración, para convertirse en un colaborador voluntario de la misma, aunque desinteresado; en esta colaboración se entra, por cierto, contando de antemano con la voluntad predominante de los entes públicos, en cuanto, en cierta forma, el contrato administrativo puede considerarse un contrato de adhesión o un contrato tipo”(sentencia de 15 de junio de 1972).

En los contratos administrativos, el juego del interés general, al que debe servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1984 establece que “la inalterabilidad del contrato administrativo tiene excepciones que responden a la prevalencia del fin público que con él se persigue, y que de una parte se traduce en facultades exorbitantes de la Administración, muy especialmente en el reconocimiento del *ius variandi*”.

Como ha señalado el profesor Meilán Gil, el término “prerrogativa” o “privilegio” supone ya un determinado planteamiento del problema contemplado desde la perspectiva constitucional del Derecho Administrativo.

Independientemente de los presupuestos históricos que han configurado la esencia del Derecho Administrativo, la operatividad del Estado social de Derecho y la esencia "vicarial" de la Administración, aconsejan, puesto que se tratan de una función-servicio, el uso del término "potestad", en lugar de las expresiones "privilegios" o "prerrogativas". En este sentido, para Meilán Gil es urgente, no tanto luchar obviamente contra excesos de la Administración levantada sobre la prerrogativa, cuanto situar a la Administración en el nuevo contexto constitucional y extraer de ello las consecuencias lógicas. Por eso, las potestades no son un privilegio sino poderes mensurables por su fin en todas sus facetas. El canon de la proporcionalidad, de la racionalidad, de la oportunidad, permiten la ponderación en el ejercicio de las potestades. En este sentido, habrá que entender las prerrogativas que el legislador atribuye a la Administración pública en materia contractual. Es más, el ejercicio mensurado y ponderado de las potestades facilitará que la motivación sea un elemento esencial en la funcionalidad de estas concretas potestades hoy definidas en el artículo 59 de la vigente ley de contratos de las Administraciones públicas.

La Administración, dice el artículo 103 de la Constitución "sirve con objetividad los intereses generales". De ahí que la actuación de la Administración no queda cubierta por el manto del privilegio. Sobre ella mandan los intereses generales, de la que es servidora; como poder público está sometida a la Constitución - derechos fundamentales- y al resto del ordenamiento jurídico (Meilán Gil).

Las potestades, por tanto, constituyen ejercicio del interés general en un contexto en el que la Administración, ni es dueña de los procedimientos, ni puede actuar sin tener en cuenta los principios constitucionales y su vinculación a los derechos fundamentales que, hoy por hoy, constituyen un elemento esencial en toda actuación administrativa. En este sentido, pues, las prerrogativas de la Administración, deben entenderse en este contexto.

El quinto panel abordó una temática de vanguardia como es de la crisis y las transformaciones del Derecho Público y contó con las

aportaciones de los profesores Antonello Tarzia y Saulo Lindorfer Pivetta.

El Derecho Administrativo, bien lo saben los que se dedican cotidianamente a su estudio e investigación, está en constante transformación. Por un lado, porque hunde sus raíces en la realidad, cambiante y dinámica por definición, y por otro, porque permanentemente ha de estar buscando las categorías e instituciones más apropiadas para la ordenación racional del interés general.

En este sentido, es una rama del Derecho Público en continua evolución que, sin embargo, presenta un común denominador que siempre lo caracteriza, que siempre lo singulariza, y al que siempre debe estar ordenado: el servicio objetivo al interés general.

Hoy, en una época de grave crisis general, política, económica, social y cultural, el Derecho Administrativo también se encuentra ante una encrucijada. Hay quienes quieren convertirlo en el expediente que justifique las tropelías de los poderes financieros y hay quienes quisieran doblegarlo para hacer buenas sus aspiraciones de perpetuación en el poder. Sin embargo, el camino de este magnífico instrumento de *civilitá* -como lo denominó Giannini- es bien otro. A través de sus técnicas y categorías está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general a través del cual se mejoren sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente de los desfavorecidos, de los excluidos, de los que no tienen voz, de los más pobres de este mundo.

Precisamente en estos momentos, marzo de 2014, el Derecho Administrativo vuelve a estar de palpitante y rabiosa actualidad porque forma parte del destino de los hombres, porque es un producto cultural, porque es una rama del Derecho y, como tal, aspira a construir espacios de racionalidad profundamente humana. Nos guste más o menos, la intervención pública, siempre de actualidad también, puede ordenarse a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos o a satisfacer las ansias de poder y privilegios de determinados grupos que aspiran al control social, hoy como antes porque se trata de un fenómeno tan antiguo como el hombre mismo.

Hoy es menester apelar a una nueva aproximación a una nueva forma de entender el Derecho Administrativo, liberada de prejuicios y clichés del pasado, que tiene su eje central en un concepto más humano y racional del interés general, inscrito en la realidad y en permanente exigencia de argumentación.

El Derecho Administrativo, en la medida que es el Derecho del Poder público para la libertad solidaria o, mejor, el Derecho para el interés general, no del interés general como agudamente señala Enrique Rivero, se nos presenta en este convulso tiempo como un Ordenamiento desde el que comprender mejor el alcance de las actividades tradicionales de los Poderes públicos de limitación, de ordenación, de fomento y de servicio público. Además, la dimensión global de la crisis aconseja construir un Derecho Administrativo global conectado con el Estado de Derecho. Igualmente, la perspectiva dinámica del Estado de Bienestar, tan ligada al Derecho Administrativo, reclama hoy nuevas maneras de entender las categorías tradicionales de nuestra disciplina. Del mismo modo, el aspecto ético nos invita a considerar que esta consideración tal ligada al Derecho no puede quedar al margen de lo jurídico como si Derecho y Moral fueran fenómenos paralelos.

El Derecho Administrativo y la Administración pública son dos realidades íntimamente unidas. Tanto que una sin la otra no tienen explicación. La Administración pública precisa de la juridificación para que los poderes y potestades estén al servicio objetivo del interés general. Y el Derecho Administrativo regula jurídicamente el ejercicio del poder público que ordinariamente proviene de la actuación administrativa. Por eso, las políticas públicas no se pueden estudiar al margen del Derecho aunque, efectivamente, el Derecho no sea el único aspecto a considerar pues es menester analizar, dada la consideración plural y multidisciplinar de la Administración pública, los enfoques económicos, organizativos, históricos o sociológicos.

Sin duda constituye una gran aportación en este marco de reflexión la conferencia pronunciada por el profesor Antonello Tarzia sobre “Derechos y presupuestos públicos: en la base del equilibrio”. Tema también de gran actualidad pues la clave de la acción pública, no podemos olvidarlo, está en la mejora de las

condiciones de vida de las personas. De ahí que, por ejemplo, la Constitución española disponga en el artículo 31 que el gasto público debe manejarse, con arreglo a la economía y eficiencia y también de acuerdo con criterios de equidad.

La deuda pública acumulada del reino de España, a día de hoy, es de 965.000 millones de euros, el 93.7% del PIB. Es decir, el Estado debe abonar, para hacer frente a los intereses y a la amortización de la deuda, la friolera de 200 millones de euros diarios. Son, desde luego, datos muy, pero que muy preocupantes que, sin embargo, tienen unas causas bien fáciles de establecer. Primera, el recurso a la deuda como forma habitual de financiación de servicios públicos crecientes durante décadas. Segunda, un aparato público irracional seguido de una política subvencional diseñada para el control y la manipulación social por parte de los dirigentes públicos. La cuestión es cualitativa, no cuantitativa. Es el modelo lo que debe cambiar, no aspectos puntuales del viejo esquema.

La Constitución señala en su artículo 31 que el gasto público se asignará con criterios de equidad y se realizará atendiendo a la economía y a la eficiencia. La realidad, empero, nos ha demostrado hasta el paroxismo, que el gasto público se ha concebido como algo casi infinito, no como un concepto limitado y orientado al servicio objetivo de los intereses generales. Más bien, desde hace varias décadas los responsables públicos, al menos en este capítulo, han actuado como si el gasto público fuera la panacea para resolver todos los problemas, importando poco, o nada, si los presupuestos alcanzaban para atender esas expansionistas políticas públicas concebidas exclusivamente para el control y manejo de la sociedad por parte de los miembros de la tecnoestructura, a una u otra orilla, igual da. Si el presupuesto era insuficiente para tal propósito, y era menester colocar allegados y afines, se acudía al recurso de la deuda, que era convenientemente autorizada. Es decir, nada de eficiencia, nada de austeridad. Hemos vivido como si fuéramos nuevos ricos y como si levantar y construir organismos públicos y diseñar programas de subvenciones no tuviera fin.

En este sentido, ahora es ya un tópico, el modelo autonómico se orientó hacia la lógica estatal y replicó, institución a institución, la estructura del Estado- Nación, batiendo, a los pocos años, todos los récords habidos y por haber. Y no es que el modelo autonómico sea un mal esquema. Todo lo contrario, es una gran solución para la realidad plural y diversa de España. El problema es que las instituciones de autogobierno, en lugar de adecuarse a los intereses públicos propios de cada Autonomía, a las necesidades colectivas de los habitantes, han discurrido, en términos generales, por los derroteros de la ineficiencia y en tantas ocasiones por el despilfarro. Construimos un árbol tan frondoso y le salieron tantas ramas que al final no se ve el bosque. Tanta estructuración pública acabó por complicar todavía más la maraña administrativa que tanto se criticaba del modelo anterior.

Igualmente, se debe revisar y adelgazar de manera intensa la política subvencional. En efecto, el modelo estático del Estado del bienestar ha traído consigo, también en este punto, grandes males. La subvención, en efecto, pensada para liberar las energías sociales latentes en actividades dirigidas a promover el interés general, se ha convertido en un fin. Un fin al servicio del control social. Un fin dirigido a narcotizar toda una sociedad que, en lugar de estar erguida y trabajando desde las más variadas situaciones, se ha intentado, con éxito, domesticar a través de toda clase de auxilios, dádivas y subvenciones. Ahora muchos ciudadanos lo esperan todo del Estado.

En este marco, se presenta como positivo que ahora nos financiamos más barato en los mercados aunque aumente exponencialmente el dinero que hemos de tomar prestado para salir adelante. La cuestión, insisto, no es cuantitativa, es cualitativa. Mientras no se decida redefinir la estructura pública de este país en función de las personas seguiremos endeudándonos y gravando irresponsablemente las condiciones de vida de las futuras generaciones. Y, sobre todo, tal magnitud de gasto se realizó, paradójicamente bajo la bandera de la solidaridad intergeneracional.

Las cosas deben cambiar, y mucho, en todos los sentidos. No se trata de reformas puntuales o parciales. Si queremos llegar a las

nuevas generaciones un futuro esperanzador, es menester trabajar sobre las causas de tan profundo desaguisado. Y eso exige, qué le vamos a hacer, un drástico e inédito recorte de las estructuras públicas. No se trata, ni mucho menos, de acabar con las Autonomías. Más bien, se trata de diseñar un nuevo esquema organizativo público de Estado y Entes autonómicos diseñado en función de las necesidades de las personas, no de las apetencias de poder y supervivencia de esa legión de miles y miles de adeptos y afines que viven, algunos opíparamente, del presupuesto público.

Sobre la tutela y garantía de los derechos fundamentales, sexto panel, versaron las intervenciones de los profesores Daniel Wunder Hachem y Justo Reyna, así como la intervención de la doctora Pilar Jiménez Tello, que presentó su ponencia en coautoría con el profesor Manuel Ballbé.

El tránsito del Antiguo Régimen, del absolutismo, al Nuevo Régimen que emerge tras la revolución francesa de 1789 se basa, cómo es bien sabido, en el Estado de Derecho, construcción política fundado sobre el principio de legalidad, la separación de los poderes y el reconocimiento pleno de los derechos fundamentales de la persona. Es decir, el grado en que estos tres grandes principios presidan la vida colectiva de los pueblos marcará la temperatura real de este modelo de Estado que configura la cultura jurídica occidental.

En efecto, dónde el principio de juridicidad señale el camino y los procedimientos a través de los cuáles el poder ejecutivo cumpla sus funciones, entonces se estará trabajando en la buena dirección. Allí dónde, por el contrario, el poder ejecutivo tiende a invadirlo todo, a saltarse los controles, especialmente los de las leyes, estaremos ante sistemas autoritarios, ante el nuevo absolutismo que, quien lo iba a decir, vuelve bajo diferentes formas en diferentes latitudes, hemisferios y continentes. El Estado de Derecho, la primacía del principio de legalidad sustituyó, afortunadamente, como fuente del Derecho, a la pura voluntad de dominio, de contenido patrimonial que caracterizaba el ejercicio del poder por parte del monarca.

El principio de separación de poderes, intuitivo por Montesquieu hace varios siglos, es, efectivamente, otro de los fundamentos del Estado moderno. Separación de poderes que, como hoy sabemos, no quiere decir, ni mucho menos, que cada poder campe a sus anchas, sin control y sin medida. Más bien, este criterio nos ayuda a entender la trascendencia del equilibrio como principio rector de las relaciones entre los poderes. Claro que el poder legislativo controla al ejecutivo y que el judicial controla a ambos. Es decir, el poder ejecutivo es el más controlado en los fundamentos del constitucionalismo por las sencilla razón de que separación significa, desde este punto de vista, que cada uno de los poderes ha de poder realizar su tarea específica con un razonable grado de autonomía que permita, al legislativo, elaborar las leyes, al ejecutivo, gobernar de acuerdo con el Ordenamiento jurídico, y al judicial, conocer y resolver las controversias entre particulares e instituciones que se producen en la convivencia diaria con arreglo a principios de Derecho, con arreglo a esa máxima de la que nos hablaba Ulpiano: dando a cada uno lo suyo, lo que le pertenece, lo que le es propio.

El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona es, igualmente, otro de los criterios rectores del nuevo orden jurídico que trae consigo el modelo del Estado liberal de Derecho surgido del primer constitucionalismo europeo. En efecto, el ser humano nace acompañado de una serie de derechos que son innatos a su condición de persona, que son inalienables y que deben ser protegidos por el Ordenamiento jurídico en la medida en que constituyen las principales expresiones de la dignidad del ser humano, concepto central sobre el que se construye el entero sistema del Ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales, primero concebidos como barrera inextricable a la acción de los poderes públicos y después también, desde una perspectiva más positiva, como elementos medulares del Ordenamiento jurídico objetivo, constituyen también el grado real del compromiso del Ordenamiento jurídico con el ser humano.

Ordinariamente, los sistemas jurídicos disponen de depuradas técnicas jurídicas pensadas para la protección en todas las jurisdicciones de los derechos fundamentales de la persona. Ante la jurisdicción civil, penal, laboral, contencioso-administrativa y,

por supuesto, ante la jurisdiccional constitucional a través, en este caso, de un procedimiento sumario y preferente a través del cual los ciudadanos pueden acudir, tras consumir los trámites procesales de rigor, en defensa y protección de su derecho fundamental presuntamente violado. En España tenemos un sistema de amparo constitucional que permite que el Tribunal Constitucional conozca sobre lesiones de derechos fundamentales de las personas diseñado en el recurso de amparo desarrollado en la ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Es un sistema de protección constitucional, el nuestro, que funciona razonablemente, aunque es cierto que los asuntos a veces son conocidos y fallados por la correspondiente sala del Tribunal Constitucional con demasiado retraso, por lo que se viene pidiendo que se estudie la manera en que también el Tribunal Supremo pueda colaborar en la tarea de manera que se mejoren las ratios de tiempo en el fallo de estos recursos tan importantes para la temperatura democrática de los pueblos.

La realidad europea es, a día de hoy, mal que nos pese, la que es: prevalencia de la economía sobre el hombre, escasa participación cívica, baja natalidad, recortes en políticas sociales, consumismo, irrupción de movimientos extremistas y crecimiento exponencial de la corrupción. Claro que nos gustaría que el panorama europeo estuviera presidido por los valores comunes procedentes de la centralidad del ser humano que los padres fundadores de la Unión Europea, a quienes hoy se cita tanto como se desconoce, colocaron como los pilares de una integración que debería discurrir por los caminos del humanismo, por la senda de los derechos fundamentales de la persona.

En efecto, cuándo se reconocen estos derechos de manera incondicional, sin interferencias o injerencias del poder, entonces resplandece la dignidad del ser humano y la idea originaria de lo que debería ser Europa brilla con luz propia. Sin embargo, cuando el poder constituido decide sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos humanos, la arbitrariedad se instala de nuevo entre nosotros y desaparece la igualdad radical entre los seres humanos. Se transige y se comercia sobre los derechos humanos en función de las exigencias del poder en cada momento y hasta se laminan y

silencian los derechos de los más débiles, de los más indefensos, de quienes menos posibilidades tienen de hacer oír su voz.

Los derechos humanos, interesa hoy recordarlo, no son del Estado, no los conceden los gobernantes, son de titularidad humana, nacen con el hombre y la mujer y a ellos corresponde su ejercicio solidario. El poder, todo lo más, debe reconocerlos y fundar su legitimidad y legalidad en su centralidad de forma y manera que se convierten, por ello, en valores superiores que iluminan, guían y orientan al poder mismo y a quienes, por representación del pueblo, lo ejercen. Es decir, el canon de legitimidad del poder hoy reside precisamente en el respeto y promoción de los derechos humanos.

Para terminar, nada mejor que la conferencia de clausura del profesor Meilán Gil, maestro de administrativistas, especialmente de quienes trabajamos en el área de conocimiento de esta Facultad de Derecho, sobre la revisión del Derecho Administrativo de este tiempo.

La Constitución de 1978, dice, gracias a la pluma del profesor Meilán Gil, entre otras cosas, que la Administración sirve con objetividad los intereses generales, que los poderes públicos deben fomentar la libertad y la igualdad o que se reconoce la tutela judicial, trae consigo una tarea centrada en repensar algunos dogmas y principios, que en su día rindieron grandes servicios a la causa, pero que no son defendibles en una democracia avanzada y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los parámetros que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto un modelo de Estado bien diferente en su configuración, y en su presentación, al del nacimiento del Estado-Providencia y al de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica,

cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, objetiva o mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas al Derecho Administrativo, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del propio del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien diferente, como también es bien diferente el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto Mayer que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Claro está, cuando me refiero al Estado, me refiero también “*mutatis mutandis*” a los diferentes Entes territoriales que disponen de autonomía para la gestión de sus intereses.

En este contexto, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés público y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de

plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su “status quo”, debe estar a plena y exclusivamente a disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional, expresión que escuchamos en las aulas compostelanas precisamente del profesor Meilán Gil, plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Cada vez tiene más potencia la proyección del interés general, según los postulados del Estado social y democrático de Derecho, sobre el entero sistema del Derecho Administrativo. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución “in toto” de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los

ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todas aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen con la existencia de una auténtica Administración pública cada vez más conscientes de su posición institucional en el sistema democrático.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía-finales del siglo XVIII- que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución “sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en 1984 a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento .

No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales(ejecutividad, ejecutoriedad, *potestas variandi*, potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático que se agotó en si mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones

mayoritarias era la fetén, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse en cada momento por interés general. Más que en la presencia de una Administración pública, para mí lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia

de un interés general que regular en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucían algunas novelas de Pio Baroja sobre la actuación de funcionarios que disfrutaban vejando y humillando a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que seguir trabajando para que la ciudadanía pudiera afirmar sin titubeos que la Administración ha asumido su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la Administración sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula

únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.

Siendo, como es, el interés general el elemento clave para explicar la funcionalidad de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho, interesa ahora llamar la atención sobre la proyección que la propia Constitución atribuye a los poderes públicos.

Si leemos con detenimiento nuestra Carta Magna, la del Reino de España, desde el principio hasta el final, encontraremos una serie de tareas que la Constitución encomienda a los poderes públicos y que se encuentran perfectamente expresadas en el preámbulo cuando se señala que la nación española proclama su voluntad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”. Más adelante, el artículo 9.2 dispone que los poderes públicos remuevan los obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad y la igualdad promoviendo dichos valores constitucionales. En materia de derechos fundamentales, también la Constitución, como lógica consecuencia de lo dispuesto en el artículo 10 de la Carta Magna, atribuye a los poderes públicos su aseguramiento, reconocimiento, garantía y protección. En el mismo sentido, por lo que se refiere a los principios rectores de la política económica y social, la Constitución utiliza prácticamente las mismas expresiones anteriores.

Estos datos de la Constitución nos permiten pensar que, en efecto, el Derecho Administrativo en cuanto Ordenamiento regulador del régimen de los poderes públicos tiene como espina dorsal la contemplación jurídica del poder para las libertades.

Esta función de garantía de los derechos y libertades, individuales y sociales, define muy bien el sentido constitucional del Derecho Administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de Derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente, sean conceptos idénticos. No. Son conceptos

diversos, sí, pero complementarios. Es más en el Estado social y democrático de Derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo.

PRIMERA PARTE
CORRUPCIÓN POLÍTICA Y BUENA
ADMINISTRACIÓN

AS TENSAS RELAÇÕES ENTRE BUROCRACIA PÚBLICA E CORRUPÇÃO¹

Rogério Gesta Leal

Professor titular , Universidade de Santa Cruz do Sul

Professor, Universidad del Oeste de Santa Catarina

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Quando se fala de corrupção no Ocidente quase sempre se relaciona a ela – de forma direta ou indireta – formas burocráticas de governo e administração, tanto em face dos aspectos operacionais do Estado Moderno e Contemporâneo, como em razão da evolução que sofreu ao longo do tempo para tantas áreas afins, como a política, a sociologia, a teoria do Estado, etc..

Pretendo neste texto alinhar algumas considerações teóricas e práticas para entender em que medida esta burocracia interfere conceitual e funcionalmente no âmbito das relações corruptivas sociais e institucionais.

II. OS CONTORNOS CONSTITUTIVOS DA BUROCRACIA COMO FENÔMENO SOCIAL E INSTITUCIONAL

O tema da burocracia tem sido muito explorado ao longo da Idade Moderna, com âmbitos conceituais e aplicativos os mais

¹ Este artigo é o resultado de pesquisas feitas junto ao Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como decorrência de projeto de pesquisa intitulado *PATOLOGIAS CORRUPTIVAS NAS RELAÇÕES ENTRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SOCIEDADE: causas, consequências e tratamentos*. Apresentado no III CONGRESO INTERNACIONAL DE LA RED DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO - (REDOEDA).

diversos, eis que reiteradamente vem associado a ideologias, castas, instituições, modo de conceber e organizar uma sociedade ou forma de vida²; fazendo referência ainda ao poder de certo corpo de funcionários e trabalhadores da administração do Estado, criado para assumir funções específicas dentro do regime da Monarquia absoluta, subordinado aos mandos do Soberano, razão pela qual desenvolveu igualmente conotações negativas e pejorativas, nas quais *el Estado aparece devorado por su propia administración burocrática, generadora de disfuncionalidades y cauce de penetración de intereses particulares em la vida del Estado*.³ Saccomani lembra que:

La parola fu coniata in Francia nella seconda metà del Settecento, con un significato chiaramente peggiorativo, per indicare polemicamente il peso crescente dei funzionari pubblici nella vita politica e sociale. Tale peso sembrava configurare una vera e propria forma di governo in qualche modo paragonabile alle forme classiche della monarchia, dell'aristocrazia e della democrazia. Il termine burocrazia, che deriva dal francese bureau ("ufficio") e dal greco krátos ("potere"), significa letteralmente il "potere dell'ufficio" e, per estensione, il "potere dei funzionari".⁴

No final do século XVI já se podia, todavia, visualizar indícios de uma teoria do Estado Burocrático em Jean Bodin, no seu clássico Os Seis Livros da República⁵, quando chama a atenção à importância das funções exercidas por oficiais do Estado no

² CROZIER, M., *Le Phénomène Bureaucratique*, Éditions du Seuil, Paris, 1963.

³ KAMENKA, E. y KRYGIER, M., *La burocracia: la trayectoria de un concepto*. Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p.32.

⁴ SACCOMANI, E., "Burocratizzazione". (A cura di N. Tranfaglia) in, *Il mondo contemporaneo*, La Nuova Italia, Fierenze, 1979, p.19. No texto de ALBROW, M., *La burocracia*, Mulino, Bologna, 1974, p.29, lembra que: *Il vero spirito delle leggi è in Francia quella burocrazia della quale il defunto signor de Gournay [...] usava lamentarsi tanto; qui gli uffici, gli impiegati, i segretari, gli ispettori, gli intendants non sono assunti per l'interesse pubblico, ma anzi l'interesse pubblico pare sia stato inventato perché gli uffici possano esistere.*

⁵ BODIN, J., *Les Six Livres de la République*, reimp. da 12ª ed. (1593), Librarie Artheme Fayard, Paris, 1986.

exercício de seus misteres, sublinhando o trabalho coletivo desenvolvido por eles com hierarquia funcional.

No curso do século XVIII, em especial com o despotismo iluminado, o Estado passa a ser visto como organismo cujo fim último é o bem público, tendo em sua direção o monarca, primeiro burocrata à frente de uma hierarquia de servidores do Estado. Vejam-se as considerações de Cristiana Senigaglia:

Fu infatti Hegel a unire l'astratta filosofia idealistica di Kant con un interesse diretto per lo Stato e per la società e a creare così una dottrina che avrebbe avuto un'enorme influenza su tutta una generazione di funzionari pubblici tedeschi. Egli elaborò una concezione sottoposta poi a critica da Marx, con conseguenze di enorme importanza per il resto dell'umanità fino ai giorni nostri. La posizione di Marx fu poi respinta da Max Weber, il fondatore dei moderni studi sulla burocrazia. Il problema della burocrazia ha quindi trovato posto nelle teorie sociali di maggiore portata della nostra epoca e non è confinato in una ristretta branca specialistica di una disciplina accademica, bensì fa parte dell'autocoscienza ideologica del mondo moderno e occupa in eguale misura i pensieri della gente comune, di politici, funzionari statali e scienziati sociali.⁶

Não é graciosamente que Hegel destaca – com certo grau de idealismo - em sua filosofia do direito que os funcionários públicos constituíam o instrumento essencial à realização do Estado de Direito capazes de conter as tendências corporativas

⁶ SENIGAGLIA, C., *Razionalità e Política: fondamenti della riflessione di Hegel e Weber sulla burocrazia*, Franco Angeli, Roma, 1996, p.48. Esclarece a autora que: *Le lezioni berlinesi di Hegel negli anni venti, successive al riassetto europeo dopo le guerre napoleoniche, tentavano di collocare la ragione non nella coscienza individuale bensì nel sistema statale esistente. La ragione era un principio discernibile nel mondo reale e la filosofia, lungi dal delineare un ideale del dover essere, aveva unicamente il compito di procedere a individuare la ragione o l'idea nella storia così come essa si svelava. Era pertanto possibile scrivere la storia, dalle più antiche testimonianze dei Cinesi fino alla forma finale di vita sociale organizzata rappresentata dallo Stato prussiano, sotto forma di sviluppo della ragione. L'evoluzione dello Stato costituiva il tema centrale dell'esposizione hegeliana della storia umana.*

presentes na Sociedade e mesmo frear as pressões da autoridade política em absorver a soberania e o poder de forma absoluta.⁷

Na perspectiva marxista, todavia, a noção sobre a burocracia era mais pessimista e ideológica, como mostra Landi: *la concezione marxista della burocrazia si orientò a considerarlo un apparato di dominio di uno stato visto come espressione delle classi dominanti. In questo senso Marx criticò la visione hegeliana e non giunse a riconoscere la funzione della burocrazia in società altamente complesse.*⁸

Um dos sociólogos mais importantes da cultura ocidental contemporânea que também se ocupou do tema da burocracia para os fins que quero dar nesta abordagem foi Max Weber, e o fez a partir de denso e complexo panorama de idéias.⁹

Weber chama a atenção para o fato de que o mundo oriental não contou nunca com uma gestão racional dos interesses públicos, dando o exemplo da China antiga, que administrava os interesses da comunidade a partir de estruturas de poder ordenadas por famílias, grêmios e corporações, acima do que se encontrava o

⁷ HEGEL, G.W.F. *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, Editorial Sudamericana, Buenos Airesm, 1975. Veja-se a advertência de BODEI, R. & CASSANO, F., *Hegel e Weber. Egemonia e legittimazione*, DeDonato, Bari, 1977, p.64: *Accanto e in opposizione a questo significato, in special modo nella Germania del 19° secolo, il concetto di burocrazia acquisì invece uno valore positivo. Il filosofo Hegel, per esempio, concepì in questo senso la classe dei funzionari pubblici come una "classe generale" che ha il compito di far valere, al di là di ogni pericoloso particolarismo, "l'interesse generale dello Stato" dando esecuzione alle decisioni del potere sovrano. Più in generale, il termine entrò nel linguaggio delle scienze tedesche dello Stato e dell'amministrazione per sottolineare in primo luogo le logiche di razionalità e di efficienza delle amministrazioni burocratiche.*

⁸ LANDI, F. R., *Ideologia*, Meltemi, Roma, 2005, p.41. Ver também MARX, K., *Lineamenti fondamentali di critica dell'economia politica. Grundrisse, Manifestolibri* (collana Marxiana), Roma, 2000. Ver também o excelente texto de D'AMICO, R., *L'analisi della pubblica amministrazione: teorie, concetti, metodi*. Collana de Sociologia, Franco Angeli, Milano, 2006.

⁹ Em especial a partir de alguns textos clássicos, dentre os quais: WEBER, M., *Economia e Sociedade*, UNB, Brasília, 2004; *Escritos Políticos*, Folios Ediciones, México, 1982; e *Sociología del Derecho*, Comares, Granada, 2001.

corpo de funcionários, os Mandarins, constituído por literatos de formação humanística sem preparação focada na administração.

O sociólogo alemão destaca que estes Mandarins não se preocupavam com as demandas e questões políticas das comunas, razão pela qual não administravam de fato, outorgando tal mister a auxiliares sem a mesma formação ou qualificação especial. Como os Mandarins eram transferidos das comunidades com muita frequência, por vezes sequer conhecendo o dialeto dos habitantes nativos, por vezes não conseguiam viabilizar comunicação com quem tinham de gestar, inexistindo, pois, gestão, mas intervenção em casos de perturbação da ordem pública.

Na matriz de administração racional Ocidental a obediência e a forma de atuar do funcionário público vinham fundadas na legitimidade das regulamentações legais, bem como em face do interesse pessoal do funcionário (com retribuição material e de honra social). Ou seja, *Os feudos dos vassalos, as prebendas dos funcionários patrimoniais e o soldo dos modernos servidores do Estado - a honra da nobreza, os privilégios de classe e a honra do funcionário - constituem o pagamento, e o temor de perdê-lo constitui o fundamento último e decisivo da solidariedade do corpo da administração com o soberano, operando-se ainda a separação do corpo administrativo de funcionários e dos trabalhadores administrativos dos meios materiais de administração.*¹⁰

Decorre desta compreensão o conceito de Estado Moderno para Weber, ou seja:

¹⁰ Idem, pp.1058/1060. Vai à mesma linha de reflexão o texto de PARKIN, F., *Max Weber*, Il Mulino, Bologna, 1984, p.44: *Con gli studi di M. Weber (specie Economia e società, 1922, ed. it. 1961) si ebbe la prima completa analisi della burocrazia intesa come categoria storico-sociologica indispensabile per la comprensione di tendenze più generali della società moderna e contemporanea. La burocrazia sarebbe, secondo Weber, espressione e risultato dei processi di razionalizzazione e di specializzazione funzionale che si registrano nelle comunità politiche nelle quali si realizza un rapporto di subordinazione fra i cittadini e un ceto di pubblici funzionari che conquista la loro fiducia per la razionalità tecnica che dispiega nel suo operare.*

*Uma associação de domínio de tipo institucional, que no interior de um território tratou com êxito de monopolizar a coação física legítima como instrumento de domínio, e reúne para tal objetivo os meios materiais de exploração nas mãos de seus dirigentes, mas havendo expropriado para isso a todos os funcionários de classe autônomos, que anteriormente dispunham daqueles por direito próprio, e colocando-se a si mesmo, no lugar deles, no topo supremo.*¹¹

Veja-se que esta burocracia weberiana é altamente qualificada no que faz, com treinamento especializado para os fins da gestão pública, sem o que *gravitaria sobre nós o perigo de uma terrível corrupção ou de uma mediocridade vulgar, que ameaçaria ao mesmo tempo o funcionamento puramente técnico do aparato estatal, cuja importância, especialmente com uma socialização crescente, foi aumentando sem cessar e assim continuará.*¹²

Para dar conta de tais expectativas modernas, é preciso que esta burocracia tenha alguns caracteres fundamentais, a saber: *si basa su una rigorosa divisione del lavoro amministrativo, sulla competenza e sul sapere tecnico e specialistico dei funzionari, su una stabile gerarchia degli uffici, su un modo di agire tipicamente impersonale ("senza riguardo alla persona"), su una netta separazione tra funzionari – stipendiati in denaro e inseriti in precisi meccanismi di carriera – e mezzi dell'amministrazione.*¹³

¹¹ WEBER, *Economia ... op.cit.*, p.1060. Este modelo é totalmente inverso ao do Oriente e suas formas irracionais de gestão, concentrando-se esta nas mãos da burocracia profissional, representando racionalização semelhante ao modelo capitalista de organização da economia.

¹² Idem, p.1068. Por certo que a dimensão de análise de Weber não leva em conta as múltiplas faces da burocracia que pretende se autonomizar das instâncias político-representativas, erigindo projetos de poder próprios, e aí se envolvendo em atos corruptivos os mais diversos. Tanto é verdade que chega a afirmar que a expansão da burocracia se deve ao seu potencial de eficácia derivada de sua superioridade técnica, razão pela qual a ela e seus funcionários qualificados e hierarquicamente organizados é confiada à gestão pública quase que monocraticamente – conforme o texto WEBER, *Sociologia ... op. cit.*

¹³ ROSSI, P., *Max Weber. Razionalità e razionalizzazione*, Il Saggiatore, Milano, 1982, p.51. Mesmo assim, não se pode descuidar de que esta burocracia se estabeleceu também em face *all'esigenza del sovrano di poter*

É certo que esta formatação da política enquanto empresa racional gerou tensões e conflitos pontuais entre funcionários políticos (de confiança direta do soberano, auxiliando-o na tomada de decisões políticas), e funcionários profissionais (burocratas), isto porque:

*O verdadeiro funcionário (...), de acordo com sua própria profissão, não há de fazer política, mas sim 'administrar' e, sobretudo, de modo imparcial (...). O funcionário há de exercer seu cargo sine ira et studio, 'sem cólera nem prejuízo'.... A honra do funcionário está em sua capacidade para, quando em suas representações o superior hierárquico persiste numa ordem que a ele parece errônea, executá-la sob a responsabilidade do mandante com o mesmo escrúpulo que se correspondesse à sua própria vontade. Sem esta disciplina, moral no sentido mais alto do vocábulo, e sem esta abnegação, todo o aparato viria abaixo. E a honra do chefe político, ou seja, do estadista dirigente, está, ao contrário, precisamente em assumir com caráter exclusivamente seu a responsabilidade de tudo que faz, responsabilidade que não pode nem deve declinar ou delegar a outros. Precisamente os tipos de funcionários de moral elevada podem ser maus políticos, sobretudo no conceito político da palavra 'irresponsável' (...). Isto é o que designamos como 'burocracia'.*¹⁴

A perspectiva de Carl Schmitt é muito semelhante, atribuindo tamanha confiança à burocracia de Estado a ponto de considerá-la autêntica elite criadora de autoridade e legitimidade, devendo ser incorruptível, não ter interesse algum em dinheiro e lucro, possuir alta disciplina e sentido de dever, assim como lealdade.¹⁵

O problema destas concepções teóricas e abstratas de burocracias de Estado é que elas se distanciam de alguns aspectos que as constituem, dentre os quais o fator humano e sua incidência no funcionamento das organizações, como quer Pérez, ao criticar o modelo weberiano:

Su modelo descuida de la existencia de redes informales que tejen los agentes de la organización para satisfacer sus propias necesidades, y que puede interferir en la realización de los objetivos oficiales de la organización, del

fondare il proprio potere su un ceto di funzionari che sono alle sue dirette dipendenze, a differenza di quanto avveniva nel rapporto tra sovrano e nobili nel sistema feudale.

¹⁴ WEBER, *Economia ... op.cit.*, p.1071-2.

¹⁵ SCHMITT, C.. *Legalidad y Legitimidad*, Aguillar, Madrid, 1971.

*misma modo que parece que apartar toda posibilidad de conflicto interior, toda causa o motivo de tensión dentro de la administración que serían debidos a las exigencias contradictorias de la organización y del personal o, incluso, de los distintos segmentos del aparato administrativo.*¹⁶

A verdade é que a formação de grandes aparatos burocráticos por dentro do Estado e das instituições representativas (partidos políticos, sindicatos, governo, etc.) implica grande perigo à excessiva autonomização e insulamento dos agentes políticos e dos técnicos em face dos representados, criando núcleos de poder que não se comunicam ou possuem adequado controle.

Ademais, afigura-se como pouco realista considerar que os sistemas organizacionais representam tão somente aparato instrumental – braço prolongado – do poder, enquanto mera réplica de auto-representação simbólica do código do poder; ao contrário, tais sistemas se forjam em meio às relações de poder, e estão sempre marcadas por elas, de forma direta ou indireta.

Isto é ainda mais grave quando se sabe que a burocracia pública faz derivar sua complexidade tanto da diversidade de tarefas que assume como do fato de que atua enquanto parte integrante do sistema político, constituindo-se como elemento necessário na elaboração e execução das políticas públicas; quer dizer, ela se afigura como componente formal e material da estrutura político-governamental pré-ordenada à tomada de decisões.

Daqui advém a conclusão de que não é possível compreender a administração pública burocrática divorciada do tema das políticas públicas, pois fenômenos inter-relacionados que autorizam a tese de que a Teoria da Administração Pública é também uma Teoria Política que merece aprofundamento teórico fundacional.

¹⁶ MENERO PÉREZ, J. L., “La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un tema de Max Weber”. NIETO GARCÍA, A., *El Pensamiento Burocrático*, Comares, Madrid, 2011, p.XXIX. Lembra ainda o autor que isto se dá porque: *En el pensamiento de Weber, la organización burocrática corresponde a un tipo de dominación legal-racional cuya legitimidad se basa en la creencia en la legalidad de las reglas jurídicas que rigen su funcionamiento.*

Isto autoriza a percepção de que, enquanto tipo ideal e antes de tudo, a burocracia é uma forma de organização humana baseada na racionalidade de correspondência entre os meios e os fins que se quer alcançar, com o fito de garantir a máxima eficiência (cujo conceito também é problemático) possível nesta trajetória. Agora, para além disto, também este tipo ideal está localizado histórica e politicamente, sofrendo as intempéries do evoluer social, e com elas interagindo, por vezes dando protagonismo às disfuncionalidades e desajustes destas relações todas (geradoras de injustiças sociais e ilícitos corruptivos).

Na matriz liberal de concepção da burocracia foi a *unidade de direção* que se constituiu como pedra angular de toda a organização institucional - pública e privada -, fundada em dois princípios atuantes: (a) a exclusão de toda idéia de conflito social no interior da administração a serviço do interesse geral; (b) a constituição da administração como um todo coerente e ordenado que responde essencialmente aos impulsos da cúspide piramidal (única responsável sob o ponto de vista político no que tange às decisões). É óbvio que tal perspectiva não perdurou muito tempo, exatamente em face da natureza fenomenológica da gestão pública e dos conflitos que tem de enfrentar cotidianamente, não ficando jamais isenta ou neutra em face deles.

Enquanto organização formal do poder instituído a burocracia participa da ação política não somente executando políticas definidas pelas instâncias legislativa e executiva do Estado, mas atua diretamente na determinação de sentido destas decisões de fundo, por tal razão é tida como efetivo fator de poder que possui certo grau de independência frente aos órgãos públicos, ao mesmo tempo que exerce poder sobre eles através da elaboração de informação e mesmo propostas de mérito administrativo.

Assim, se a burocracia é elemento constitutivo do seu tempo, as transformações quantitativas e qualitativas provocadas pelo movimento histórico em suas estruturas, concepção e operação, devem contar com modelos de conhecimento, avaliação e prognósticos compatíveis destes fenômenos.

Estou dizendo isto porque não aceito a demonização da burocracia como sinônimo de corrupção e centralismo decisório,

pois, enquanto instância instrumental da gestão (pública e privada), ela cumpre papéis que lhes são impressos pelas contingências e variáveis de múltiplas faces – dentre os quais, circunstancialmente, a de hegemonia no poder.

Importa verificar agora como se dá no Brasil, em perspectiva histórica, estes ritos de passagem da Burocracia estatal e governamental.

III. CÂMBIO DE MODELOS NO BRASIL: DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PATRIMONIALISTA À GERENCIAL – A BUROCRACIA ESTÁ SEMPRE PRESENTE

O espectro do patrimonialismo estatal do Império Português vicejou por muito tempo nas relações políticas e de gestão no país – de certa forma está presente até hoje, evidenciado na forma de captura do Estado por interesses privados e corporativos.

Talvez as formas de relações sociais e de poder estabelecidas desde o Império no Brasil não possam ser enquadradas de maneira perfeita em algum dos três tipos weberianos de legitimidade (legal-racional, tradicional e carismática), isto porque predominou e muito certa tipologia de *dominação pessoal*, ancorada substancialmente em incentivos e recompensas materiais aos vassalos e depois sócios do poder instituído pela via do Estado, o que se deu pela via do clientelismo e da corrupção, valendo aqui a distinção proposta por Roth entre patrimonialismo tradicional e patrimonialismo personalizado, posteriormente denominado neopatrimonialismo.¹⁷

Em verdade, na dicção de Bruhns, no patrimonialismo todas as relações (políticas e administrativas) entre governantes e governado são de cunho privado; não há qualquer diferenciação entre domínio público e privado. Já no neopatrimonialismo a distinção público/privado existe, ainda que apenas formalmente, e é aceita. O exercício neopatrimonial do poder se dá no quadro e

¹⁷ ROTH, G., “Personal Rulership, Patrimonialism, and Empire-Building in the New States”. *World Politics*, 20(2), 1968, pp. 194-206.

com a reivindicação de um quadro estatal (*stateness*) moderno de tipo legal-racional.¹⁸

Fazendo referência à Weber, Bruhns ainda destaca que na terceira versão de *Agrarverhältnisse im Altertum* (1909), o sociólogo alemão emprega a noção de direito patrimonial do senhorio (*patrimoniales Herrschaftsrecht*) e constata que o déspota, ao contrário do rei burocrático, possui um interesse político (como Napoleão Bonaparte em França) de que nenhum direito de dominação patrimonial fundado na posse de terras possa se constituir sem um acordo explícito que advenha *dele*¹⁹, o que bem demonstra os aspectos culturais desta fusão entre público e privado.

Outro autor importante, Reinhard Bendix, aborda a questão da seguinte forma:

No patrimonialismo, o governante trata toda a administração política como seu assunto pessoal, ao mesmo modo como explora a posse do poder político como um predicado útil de sua propriedade privada. Ele confere poderes a seus funcionários, caso a caso, selecionando-os e atribuindo-lhes tarefas específicas com base na confiança pessoal que neles deposita e sem estabelecer nenhuma divisão de trabalho entre eles. [...] Os funcionários, por sua vez, tratam o trabalho administrativo, que executam para o governante como um serviço pessoal, baseado em seu dever de obediência e respeito. [...] Em suas relações com a população, eles podem agir de maneira tão arbitrária quanto aquela

¹⁸ BRUHNS, H., “O Conceito de Patrimonialismo e Suas Interpretações Contemporâneas”. *Revista Estudos Políticos*, núm. 4, 2012/1, p.04.

¹⁹ Idem, p.07. É muito revelador o esclarecimento que o autor faz sobre a evolução e uma modificação no emprego e no porte do conceito de patrimonialismo no texto weberiano, isto porque, na versão mais antiga do texto *Economia e Sociedade*, elaborado antes da Primeira Guerra Mundial – quando foi redigida sua segunda parte, versando sobre o tema da Sociologia da Dominação –, os conceitos de *patriarcalismo* e *patrimonialismo* são utilizados de modo a sugerir uma relação genética entre os dois fenômenos que designam. Na versão ulterior, escrita após a Primeira Guerra Mundial – e que trata das Categorias da Sociologia –, não fala mais da versão patriarcal do patrimonialismo, mas distingue entre (a) o patriarcalismo primário, princípio estrutural relacionado ao lar (*Hausverband* ou *oikos*), e (b) o patrimonialismo enquanto forma de dominação política, o que se coaduna mais com os tempos pós-guerra.

*adotada pelo governante em relação a eles, contanto que não violem a tradição e o interesse do mesmo na manutenção da obediência e da capacidade produtiva de seus súditos. Em outras palavras, a administração patrimonial consiste em administrar e proferir sentenças caso por caso, combinado o exercício discricionário da autoridade pessoal com a consideração devida pela tradição sagrada ou por certos direitos individuais estabelecidos.*²⁰

A idéia weberiana é bastante clara para que se compreenda melhor a fundação da história brasileira e sua ocupação política e territorial, tomando relevo o conceito do autor sobre *Ständestaat* (o Estado fundado sobre os corpos)²¹, retrato do chamado Estado Patrimonialista com excesso de arbitrariedades e instabilidades do Poder, além, é óbvio, da privatização dos espaços e das instituições públicas, e isto porque o Império permitiu que se instalasse um estamento burocrático muito semelhante àquele que dominava Portugal, de origem aristocrática, ligado por laços de família ao patriciado rural.²²

Vai à mesma direção a análise de Sérgio Buarque de Holanda, importante sociólogo brasileiro do início do século XX:

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os

²⁰ BENDIX, R., *Max Weber: um perfil intelectual*, UNB, Brasília, 1986, pp.270-1.

²¹ WEBER, *Economia ... op.cit.*, p.625.

²² Como mostra muito bem BRESSER PEREIRA, L. C., “Do Estado patrimonial ao gerencial”. (Orgs. W. Pinheiro, e Sachs) em, *Brasil: Um Século de Transformação*, Companhia das Letras, São Paulo, 2001, p.04: *Enquanto os senhores de terra e os grandes comerciantes e traficantes de escravos se ocupavam da economia, este estamento dominava com relativa autonomia o Estado e a política. Havia ali, acrescentaria eu, uma nova classe média, uma classe burocrática, em formação, mas naquele momento tratava-se antes de um estamento de políticos e burocratas patrimonialistas, apropriando-se do excedente econômico no seio do próprio Estado, e não diretamente através da atividade econômica.*

*empregos e os benefícios que deles anfore, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. [...].*²³

Raimundo Faoro não destoa muito desta perspectiva, na medida em que identifica bem a fusão de horizontes patrimoniais entre os bens públicos do país e da Coroa e os bens privados dos governantes, isto a partir de políticas de governo estabelecidas por Portugal:

A coroa conseguiu formar, desde os primeiros golpes da reconquista, imenso patrimônio rural (bens “requengos”, “regalengos”, “regoengos”, “regeengos”), cuja propriedade se confundia com o domínio da casa real, aplicado o produto nas necessidades coletivas ou pessoais, sob as circunstâncias que distinguiam mal o bem público do bem particular, privativo do príncipe [...] A propriedade do rei— suas terras e seus tesouros— se confundem nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação

²³ HOLANDA, S. B. de. *Raízes do Brasil*, Livraria José Olympio, Rio de Janeiro, 1969, pp. 105-6. A par da noção de *homem cordial* do autor (que o leva a concluir pela existência de atávica propensão do homem brasileiro em tratar a política e os assuntos do Estado em conformidade com a noção de que o indivíduo adquiriu de seu ambiente familiar), algumas reflexões por ele desenvolvidas ao que interessa aqui são muito caras, pois defende no mesmo texto que: *O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição. [...] A verdade, bem outra, é que pertencem a ordens diferentes em essência. Só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade. Há nesse fato um triunfo do geral sobre o particular, do intelectual sobre o material, do abstrato sobre o corpóreo e não uma depuração sucessiva, uma espiritualização de formas mais naturais e rudimentares, uma procissão das hipóteses, para falar como na filosofia alexandrina. A ordem familiar, em sua forma pura, é abolida por uma transcendência.*

*normativa prévia, nos gastos da família ou em bens e serviços de utilidade geral.*²⁴

Assim os gestores do Rei e do Príncipe portugueses utilizavam-se dos mesmos padrões de governabilidade e foram retroalimentando o senso comum de aceitação da apropriação do público pelo privado, constituindo o governo espaço de grupos privilegiados compreendidos como verdadeiros estamentos (ordem social vigente sob a qual se funda a estratificação e que dissemina relações de poder pela tessitura social, reclamando a imposição de uma vontade sobre a conduta alheia).

Na perspectiva de Faoro/Weber, enquanto que nas classes sociais se tem uma manifesta estratificação segundo o rearranjo de grupos que estão dispostos conforme interesses econômicos determinados por situações predominantemente de mercado, os estamentos se fundam na divisão da sociedade conforme a posição social que ocupam, ou seja, a um status específico, representando verdadeiras comunidades restritas em termos de acesso, a fim de evitar o compartilhamento do poder. Isto se agrava mais na medida em que a elite brasileira daquele tempo era fundamentalmente formada por juristas (em regra magistrados), funcionários do Estado Patrimonialista, com níveis extremos de convergência intelectual e ideológica conservadora que a educação nas faculdades de direito proporcionava.

Na lição de Rubens Govatá:

O instrumento de poder do estamento é o controle patrimonialista do Estado, traduzido em um Estado centralizador e administrado em prol da camada político-social que lhe infunde vida. Imbuído de uma racionalidade pré-moderna, o patrimonialismo é intrinsecamente personalista, tendendo a desprezar a distinção entre a esfera pública e privada. Em uma sociedade patrimonialista, em que o particularismo e o poder pessoal reinam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social, e o sistema jurídico, lato sensu, englobando o direito expresso e o direito aplicado, costuma veicular o

²⁴ FAORO, R., *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, Globo, Porto Alegre, 1977, v. 1, p. XI. Ver também o texto FAORO, R., "A aventura liberal numa ordem patrimonialista". *Revista USP*, núm.17, 1993, p.18.

*poder particular e o privilégio, em detrimento da universalidade e da igualdade formal-legal. O distanciamento do Estado dos interesses da nação reflete o distanciamento do estamento dos interesses do restante da sociedade.*²⁵

Este patrimonialismo não causou apenas atrasos em questões de ordem política e econômica para o Brasil, mas também e, sobretudo, na forma de gestão do interesse público. *É particularmente esse o tradicionalismo inerente ao patrimonialismo que interfere na elaboração de regulações formalmente racionais. A isso se acrescenta a ausência da especialização dos funcionários, e, além disso, o vasto domínio do arbítrio material e do favoritismo puramente pessoal do senhor e da direção administrativa.*²⁶

Está correto Bresser Pereira quando sustenta que, no plano político, o país transitou do Estado oligárquico ao Estado Democrático (de elites) no período de 1850 a 1980; no administrativo, do Estado patrimonial ao Estado gerencial; no plano social, da Sociedade Senhorial para a Sociedade Pós - Industrial. *O Estado autoritário - modernizador, o Estado burocrático, e a sociedade capitalista, que nesses três planos duraram um longo tempo na Europa, foram aqui transições rápidas, próprias de um país que salta etapas mas permanece subdesenvolvido, que se moderniza mas permanece atrasado porque dual e injusto.*²⁷

Tais modelos, todavia, não poderiam de qualquer sorte perdurar indefinidamente no tempo, tendo variáveis e fatores nacionais e internacionais que forçaram suas transposições ao modelo burocrático. Mas que modelo é este?

Daqui se tem mais razões para compreender que o termo burocracia surge com forte conotação negativa, em reação à centralização administrativa e ao absolutismo do século XVIII.

Esta relação próxima entre governantes e burocratas, todavia, fora gradualmente rechaçada pela história das instituições políticas e pela sociologia – notadamente a weberiana –, sob o argumento de

²⁵ AMPANTE, R. G., “Patrimonialismo em Faoro e Weber”. *DADOS. Revista de Ciências Sociais*, v. 46, núm. 1, 2003, p. 154.

²⁶ Idem, p.140.

²⁷ BRESSER, *Do Estado ... op.cit.*, p.02.

que os primeiros, não detendo a expertise dos conhecimentos técnicos necessários para dar conta das cada vez mais complexas tarefas de gestão dos interesses públicos, deveriam deixá-las ao comando dos servidores públicos treinados e possuidores do conhecimento apropriado para tanto, pois o fariam com níveis de impessoalidade e eficiência que se deseja em tais setores e temas.

Tampouco esta perspectiva se sustentou muito tempo, haja vista a advertência feita por Lane:

*This [the transition from a personal relation to an impersonal one] may be a step towards more efficiency in an absolute sense. We have here a sort of fallacy: the fact that a bureaucrat is devoted to his/her office does not entail that the motivation problem is solved; it is still possible that the office holder is thus devoted because it maximizes his/her own personal utility or because he/she wishes the utility of the bureau. Both these objectives may not be conducive to efficiency.*²⁸

Enquanto disfunções deste modelo pode-se referir, com Merton, as seguintes: internalização das regras e apego demasiado aos regulamentos; excesso de formalismo; resistência a mudanças em face da rotinização e padronização estabelecidas, gerando repetidas ações impensadas que criam aparências de segurança e estabilidade dos procedimentos e resultados, operando a diminuição das liberdades e espontaneidades individuais; despersonalização dos relacionamentos institucionais, ocasionando baixa comunicação interpessoal; categorização como base do processo decisional.²⁹

Por decorrência disto, ter-se-ia que a tomada de decisões por parte dos burocratas ficaria prejudicada pela hierarquização, centralização e especialização, vez que estas tendem a distorcer informações; que a capacidade de iniciativa dos subordinados ficaria seriamente limitada pela centralização e determinação unilateral de conduta administrativa por parte dos superiores,

²⁸ LANE, J. E., *The public sector: concepts, models and approaches* Sage, London, 1993, p.50.

²⁹ MERTON, R. K., *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*, University of Chicago Press, Chicago, 1973.

concluindo-se que este modelo de burocracia (com fortes matizes weberianas) afigurar-se-ia por demais mecanicista para ser eficiente em situações que exigem elevada capacidade de flexibilidade e de adaptação.

Fora o que aconteceu, em larga escala, à burocracia brasileira, em especial a partir das medidas tomadas no primeiro governo de Getúlio Vargas e a Reforma Administrativa de 1936, visando exatamente suplantar a administração patrimonialista do Estado até então predominantemente vigente.³⁰ Surge daqui nova formatação burocrática que se erige junto à classe média e na iniciativa privada e pública, a primeira em face do modelo de industrialização que se estabelece; a segunda, por evolução do chamado estamento burocrático patrimonialista anterior.

Ocorre que esta nova burocracia vai confrontar-se com as elites políticas existentes à época em torno da disputa por recursos escassos, tendo de lidar com a antiga cultura/estratégia patrimonialista/clientelista de obtenção de apoio político do governo central, oportunizando o surgimento de estruturas paralelas capazes de atuar decisivamente em programas governamentais prioritários.

Esta forma híbrida de organização do Estado marcou a administração pública brasileira no período 1930-1964. Vargas e

³⁰ Uma boa análise deste evoluir se pode encontrar no texto de BRESSER PEREIRA, *Do Estado ... op.cit.*, p.03: *Usarei, para caracterizar a sociedade brasileira, três termos: Sociedade Mercantil - Senhorial, até 1930; e Sociedade Capitalista Industrial, a partir de então, embora já se possam notar nela sinais da Sociedade Pós-Industrial. Para definir o Estado brasileiro, no plano político, empregarei três expressões: Estado Oligárquico, até 1930; Estado Autoritário-Capitalista, entre 1930 e 1945, e entre 1964 e 1985; e Estado Democrático, entre 1946 e 1964, e a partir de 1985. Assim, a primeira forma assumida pela democracia, em 1946, é a de uma democracia de elites; em 1985, volta-se ao mesmo tipo de regime político, mas há indicações de que começamos a transitar para uma democracia de sociedade civil, em que a opinião pública, ao invés das alianças de classe, assume papel determinante do processo político. No plano administrativo, farei uso de três: Estado Patrimonial, ou Patrimonial-Mercantil, até 1930; Estado Burocrático, ou Burocrático-Industrial, entre 1930 e 1985; e Estado Gerencial, ou Gerencial-Pós- Industrial, a partir de 1985.*

Kubitschek recorreram a tal arranjo para conciliar dois objetivos antagônicos, a sedimentação de suas bases de apoio político e a consecução de projetos de modernização e desenvolvimento econômico.³¹

Entretanto, como demonstra Bresser Pereira, o pressuposto de eficiência em que se baseava não se mostrou real. No momento em que o Estado liberal do século XIX cedeu definitivamente lugar ao Estado social e econômico do século XX, verificou-se que ela não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público.³²

*No momento, entretanto, que o Estado se converteu no Grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais - educação, saúde, cultura, previdência e assistência social, pesquisa científica - e de papéis econômicos - regulação do sistema financeiro interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infra-estrutura -, nesse momento, o problema da eficiência tornou-se essencial. Por outro lado, a expansão do Estado respondia não só às pressões da sociedade, mas também às estratégias de crescimento da própria burocracia.*³³

³¹ GEDDES, B., *Politician's dilemmas: building state capacity in Latin America*, University of California, Berkeley, 1994, caps. 1 e 3, p. 1-19 e 43-82. Segundo o autor, o traço distintivo da estratégia varguista de inovação foi a criação do DASP, agência encarregada de criar uma burocracia de mérito no Brasil. Já a gestão Kubitschek teria se notabilizado pela instituição dos chamados bolsões de eficiência, ilhas de racionalidade técnica num mar de patrimonialismo.

³² PEREIRA, L. C., "Da administração pública burocrática à gerencial". PEREIRA, L. C. B.; SPINK, P. K. em, *Reforma do Estado e administração pública Gerencial*, Editora FGV, Rio de Janeiro, 1999, p.214.

³³ Idem. É interessante como LUHMANN, N., *Teoria Política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1994, p.108, chama a atenção para o fato de que a Administração Pública, enquanto organização possui consistência específica, submetendo-se a uma lógica própria de funcionamento – o que por vezes implica encerrar-se em si mesma- que a torna impermeável às influências do entorno. Em tais oportunidades, ela define sua estratégia de relação com o exterior sobre a base de impulsos internos alavancados pela burocracia.

Para Bresser Pereira, a crise da administração pública burocrática começou ainda no regime militar não apenas porque não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, ao invés de consolidar uma burocracia profissional no país, através da redefinição das carreiras e de processos sistemáticos de abertura de concursos públicos para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores através das empresas estatais, inviabilizando a construção no país de uma burocracia civil forte, nos moldes que a reforma de 1936 propunha. *A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se salta para o extremo oposto e a administração pública brasileira passa a sofrer do mal oposto: o enrijecimento burocrático extremo.*³⁴

Tal crise, entretanto, não autoriza a compreensão marxista ortodoxa de que a burocracia se revela, sempre, como um corpo de parasitas capaz de envolver com sua teia o corpo da sociedade; ou à moda Lênin, no sentido de que a extinção do Estado implicaria a extinção do aparelho burocrático – ligado à classe dominante³⁵, isto porque são as demandas sociais progressivamente tensionadas que exigem corpos políticos e técnicos mediadores de interesses e conflitos que daí decorrem, sendo utópica a pretensão de que possam ser totalmente dispensados em algum momento histórico, mas, por outro lado, precisa de controles muito eficientes para que não transforme sua expertise em projeto de poder.³⁶

A reforma da administração pública no país só ganharia força a partir dos anos 70, tanto pela crise já global deste período

³⁴ PEREIRA, *Da administração ... op.cit.*, p.239.

³⁵ Ver o texto de TOJAL, F. & CARVALHO, W. “Teoria e prática da burocracia estatal”. *Revista de Administração Pública*, núm. 31(1), 1997, jan./fev. 1997, p. 50-68

³⁶ Aliás, esta advertência é antiga, como bem lembra ALBROW, *La burocracia ... op.cit.*, p.41: *L'invenzione di de Gournay fu un colpo di genio. "Burocrazia" è il frutto dell'unione del termine greco $\kappa\rho\acute{\alpha}\tau\omicron\varsigma$, dominio, e del termine francese bureau, che significa scrivania o ufficio, ed esprime pertanto efficacemente il paradosso moderno per cui la maestà del potere nella società emerge da un luogo prosaico nel quale si esplica un lavoro abitudinario.*

histórico envolvendo as reservas de petróleo e sua subida descontrolada – o que vai gerar, conseqüentemente, dificuldades fiscais de manutenção de um Estado gigante -, como pelo fato de que a burocracia estatal militar e autoritária se mostrou ineficiente para dar conta daqueles cenários, operando-se a partir de 1980 mudanças profundas na matriz governativa e da Administração Pública – até em face da globalização – para um perfil mais gerencial, advertindo Bresser que:

No Brasil, a idéia de uma administração pública gerencial é antiga. Começou a ser delineada ainda na primeira reforma administrativa, nos anos 30, e estava na origem da segunda reforma, ocorrida em 1967. ...A primeira tentativa de reforma gerencial da administração pública brasileira, entretanto, só aconteceu no final dos anos 60, através do Decreto-lei nº 200, de 1967, sob o comando de Amaral Peixoto e a inspiração de Hélio Beltrão, que iria ser o pioneiro das novas idéias no Brasil. Beltrão participou da reforma administrativa de 1967 e, depois, como ministro da Desburocratização, entre 1979 e 1983, transformou-se em arauto das novas idéias. Definiu seu Programa Nacional de Desburocratização, lançado em 1979, como uma proposta política que visava, através da administração pública, a “retirar o usuário da condição colonial de súdito para investi-lo na de cidadão, destinatário de toda a atividade do Estado”.³⁷

Importa contextualizar este período histórico internacional, muito particularmente em face das discussões levadas a efeito pela chamada Escola da *Public Choice*, em especial com os trabalhos de Niskanen, Buchanan, Ostrom, Tullock e outros, partindo do individualismo metodológico e dos conceitos como utilidade, eficiência econômica e maximização, analisando a relação que entendem simbiótica entre políticos e burocratas.³⁸

³⁷ PEREIRA, Da administração ... *op.cit.*, p.243. Lembra Bresser que: O decreto-lei promoveu a transferência das atividades de produção de bens e serviços para as antarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, consagrando e racionalizando uma situação que já delineava na prática. Através da flexibilização de sua administração buscava-se uma eficiência maior nas atividades econômicas do Estado, e se fortalecia a aliança política entre a alta tecnoburocracia estatal, civil e militar e a classe empresarial.

³⁸ Ver os textos de: DOWNS, A. "The life cycle of bureaus" (Eds. J. M. Shafritz & A. Hyde) in, *Classics of Public Administration*, Wadsworth

Sob esta perspectiva, os burocratas agem de forma racional, mas motivados por seus próprios interesses, acarretando custos muito altos ao mercado e mesmo à Democracia neoliberal, dentre os quais: negligência do interesse público em favor dos interesses particularistas da burocracia; não persecução de resultados socialmente relevantes das políticas públicas governamentais, uma vez que a formulação e implementação destas dar-se-ia de forma mais conveniente aos interesses burocráticos; a burocracia é perdulária com relação aos recursos públicos, eis que, no jogo político com os poderes do Estado, possui um raio de manobra que lhe permite cometer excessos, revelando-se os burocratas verdadeiros *rent seekers*.³⁹

O problema é que mesmo com o advento da Constituição de 1988, permitiu-se no país a manutenção de excessos (privilégios) que política e orçamentariamente foram impactantes, desde a criação de um sistema de aposentadoria com remuneração integral, sem nenhuma relação como tempo de serviço prestado diretamente ao Estado, passando pelas chamadas aposentadorias especiais, que permitiram aos servidores aposentarem-se por volta dos 50 anos, e, no caso dos professores universitários, de acumular aposentadorias, até a realocação de mais de 400 mil funcionários celetistas de fundações e autarquias à condição de funcionários estatutários, detentores de estabilidade e aposentadoria integral.⁴⁰

Publishing Company, Califronia, 1991, p. 305-318; MOE, T. M. "The positive theory of public bureaucracy", D. Mueller in, *Perspectives on Public Choice*, Cambridge University Press, London, 1997, p. 455-480.

³⁹ Ver o texto de OSBORNE, D. e GAEBLER, T., *Reinventing Government*, Addison-Wesley, Reading, Mass, 1992. O conceito mais geral de interesse público é o que se assenta na sua definição democrática, com base no critério da soberania popular e da deliberação pública inclusiva, relacionando-se, portanto, a um ethos permanente de formação republicana de um povo, isto é, ele não nasce pronto, depende da consciência, da cultura política e da construção de instituições e leis de regulação e controle.

⁴⁰ PEREIRA, *Da administração ... op.cit.*, p.246, alertando o autor que o retrocesso burocrático da Constituição de 1988 foi uma reação ao clientelismo que dominou o país naqueles anos, mas também foi uma afirmação de privilégios corporativistas e patrimonialistas incompatíveis com o ethos burocrático. Além disso, resultou

Somente no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso, nos anos de 1995 a 1998, é que se iniciaram de forma mais profunda processos de revisão da estrutura e funcionamento da burocracia estatal, fundados agora na perspectiva da chamada *matriz gerencial*, utilizando premissas de descentralização da Administração Pública, eficiência nos meios e resultados da atuação estatal, com ampla política de privatizações de serviços públicos, conservando algumas atividades o seu caráter público com execução majoritariamente privada, adotando-se, inclusive, fórmulas jurídicas novas como os contratos de gestão.⁴¹

Aliás, é a Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do art.37, da Constituição Federal, acrescentando a este artigo o disposto no §8º, que é um dos marcos jurídicos autorizadores desta ferramenta.⁴²

Cumprе lembrar que, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 19, os Decretos nº137/91(Programa de Gestão das Empresas Estatais), nº 2.487 e nº 2.488, de 02 de fevereiro de 1998, tratavam do contrato de gestão, cuja celebração era um dos requisitos para

de uma atitude defensiva da alta burocracia, que, sentindo-se acuada e injustamente acusada, defendeu-se de forma irracional. (p.248).

⁴¹ A principal função do contrato de gestão é a fixação de metas, assim como a definição dos mecanismos de avaliação de desempenho e controle de resultados das atividades desempenhadas pelas entidades que mantêm contratos com o Poder Público, com os seguintes conteúdos normativos: especificação do programa de trabalho proposto, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados dos contratados no exercício de suas funções, dentre outras.

⁴² I - *a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal.*

que autarquias e fundações recebessem a qualificação especial de *agências executivas*. Além da celebração desse contrato, as autarquias e fundações que pretendessem tal qualificação deveriam ter plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e a redução de custos, o que já evidenciava preocupação com a qualificação gerencial de tais instâncias.

A nova matriz propõe revisão aguda sobre o que seriam atividades exclusivas de Estado, e o que poderiam ser delegadas à competitividade do mercado, mantendo-se o controle de diretrizes e resultados pela administração pública gerencial e pelo controle social. Ou seja, para algumas demandas públicas não haveria necessidade da presença do Estado diretamente, mas também não poderiam ser entregues sem condições à iniciativa privada – que se pauta, sabe-se, para o lucro e o consumo-, operando-se o que Bresser Pereira chama de transferência para o setor público não-estatal.⁴³

As premissas do serviço público implementadas pela reforma gerencial deste período contribuíram à conscientização da necessidade de se criar mecanismos de controle e responsabilização da burocracia estatal, eis que impuseram claras diretrizes para o desempenho de deveres públicos, a saber: (a) que as ações administrativas estivessem orientadas para o cidadão-usuário, em vez de manter o caráter auto-referido que caracteriza

⁴³ PEREIRA, L. C. B., *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, Editora 34/Brasília/ENAP, São Paulo, 2002, p.99. Manteria o Estado, nesta acepção, as chamadas atividades propriamente de governo, tais como legislar, regular, julgar, policiar, fiscalizar, definir políticas, fomentar. Mas, para que essas funções do Estado possam ser realizadas, é necessário que os políticos e a alta burocracia estatal, no núcleo estratégico, e também a média administrativa pública do Estado, conte com o apoio de uma série de atividades ou serviços auxiliares: limpeza, vigilância, transporte, coperagem, serviços técnicos de informática e processamento de dados, etc. Segundo a lógica da reforma do Estado dos anos 90, estes serviços devem, em princípio, ser terceirizados, ou seja, devem ser submetidos à licitação pública e contratados com terceiros. Dessa forma, esses serviços, que são serviços de mercado, passam a ser realizados competitivamente, com substancial economia para o Tesouro.

a administração pública burocrática, voltado para afirmação do poder do Estado e da burocracia estatal; e (b) que estivessem baseadas na responsabilidade do servidor público:

(b1) perante a sociedade, por meio de uma administração transparente, voltada para a prestação de contas; (b2) perante os políticos eleitos nos termos da democracia representativa, por meio da atuação fiscalizadora, principalmente dos políticos da oposição; e (b3) perante os representantes formais e informais da sociedade, organizados no espaço público não-estatal por meio de mecanismos de controle social ou de participação cidadã. Nesse sentido, a Reforma Gerencial é uma reforma para a democracia.⁴⁴

Alguns dos problemas desta burocracia gerencial são a baixa eficácia dos instrumentos de responsabilização pública e o seu excesso de discricionariedade, gerando vazios quanto às formas usuais de supervisão entre os poderes e quanto ao controle social por parte do público em geral.

A ineficácia dos mecanismos do controle externo associa-se à prática da reforma pelo alto (mantendo-se, pois, a idéia de cúspide piramidal agora sob formato neoliberal), de longa tradição no país, produzindo condições adversas à institucionalização de procedimentos abertos ao jogo democrático. *Dessa forma, o desenho institucional prevalecente e os modos menos formalizados de atuação levaram à consolidação de uma estrutura de oportunidades e de incentivos favorável à aludida tendência à irresponsabilidade pública das elites estatais e à expansão das práticas de clientelismo e de corrupção.⁴⁵*

⁴⁴ Idem, p.112. É o próprio autor que enuncia algumas limitações deste modelo, na medida em que opera tão somente com mecanismos burocráticos de controle externo e interno (tribunais de contas, sistemas de controle interno), reduzindo os controles democráticos aos realizados pelo parlamento, particularmente pelos partidos de oposição, sem dar maior atenção e aprofundamento ao controle e participação social. (p.155).

⁴⁵ Conforme quer DINIZ, *A reforma ... op.cit.*, p.137. Claro que isto está associado também ao fenômeno da globalização econômica que retirou do Estado a força diretiva da economia doméstica que antes possuía, contribuindo às mudanças de perfil da burocracia pública. Ver o interessante trabalho de CORGUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M. (Eds.). *Derecho y Economía en el Estado Social*, Tecnos,

Resta, assim, inafastável a conclusão de que o Estado não mais pode ser concebido como entidade monolítica – ou neutral - a serviço de um projeto político invariável, mas configura sistema em permanente fluxo, internamente diferenciado, sobre o qual repercutem também diferencialmente demandas e contradições da sociedade civil e do mercado.

O Estado contemporâneo, desta maneira, fica dividido entre tarefas e exigências dificilmente conciliáveis, e nessa medida, frequentemente, as políticas governamentais refletem ambigüidades. Decorre disto, como quer Jacob, a emergência freqüente de uma crise de legitimação, fruto do fato de que a intervenção maior do Estado e a expansão dos seus aparelhos não são acompanhadas de nenhum aprofundamento de participação política democrática. *A crise de legitimação surge quando as demandas crescem mais rapidamente do que as recompensas ou respostas*⁴⁶.

Ao lado da crise de legitimação, apresentam-se no mínimo duas outras crises, a de identidade e a de eficácia, correlatas da primeira, eis que, em nível de identidade, o Estado passa não mais a distinguir quais suas funções originárias e efetivamente públicas, servindo como mero instrumento de assalto ao poder por interesses e corporações pouco representativas da sociedade como um todo⁴⁷; em nível de eficácia, por ter perdido sua legitimidade e identidade, não consegue – e sequer prioriza – atender as demandas efetivas e operacionais da comunidade que representa oficialmente.⁴⁸

Madrid, 1998, p.137, referindo que: *En ese proceso influyen tanto el mayor peso de la ideologías liberales como la búsqueda de la eficacia (la cual en la práctica se hace prevalecer sobre la equidad) en la prestación de los servicios públicos directamente a cargo de los gobiernos o bajo su control.*

⁴⁶ JACOB, P., *Movimentos Sociais e Políticas Públicas*, Cortez, São Paulo, 1993, p.08.

⁴⁷ Neste sentido, ver as contribuições de PHILLIPS, A., *Democracy and Difference*, Polity Press, Cambridge, 2009, p.82.

⁴⁸ Desenvolvi este tema no livro LEAL, R. G., *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.

Cambaleante e premida pela necessidade de sobrevivência, a Sociedade Civil articula, com o tempo, resistência ao estado em que se encontra e à condição de súdita/consumidora imposta por aquele modelo. Tal resistência vai gerar novas correlações de força entre Sociedade e Administração Pública, marcadas pelo que passo a chamar de Gestão Pública Compartida dos interesses sociais, reforçando sobremaneira a concepção de cidadania que, no caso brasileiro, demanda comportamentos pró-ativos em face dos desafios de cumprimento que os Direitos Fundamentais impõem.⁴⁹ Revela-se neste cenário o que Levi chama de relação *between the governments credible commitments and fair procedures, on the one hand, and citizens-feelings of ethical reciprocity, on the other*.⁵⁰

Neste sentido, Gregorio Arena, no texto *Cittadini Attivi*⁵¹, lembra que é chegado o momento nesta quadra histórica das relações entre Administração Pública e Sociedade de se pensar em novos paradigmas que estão a informar os pressupostos da Democracia Contemporânea, notadamente esta que dá norte à idéia de Estado Democrático de Direito e que, em verdade, só tem possibilidades de efetivação em face de uma Sociedade Democrática de Direito. Um destes novos paradigmas é o que Arena chama de Princípio da Subsidiariedade Horizontal.

Mas o que vem a ser este princípio das relações acima referidas? Ele se constrói a partir do reconhecimento de que *i cittadini sono in grado di attivarsi autonomamente nell'interesse generale e disponendo che l'istituzioni debbano sostenerne gli sforzi in tal senso, conferma appunto che le persona hanno delle capacità e che possono essere disposte ad utilizzarle per*

⁴⁹ Ver meu livro LEAL, *Estado ... op.cit.*

⁵⁰ LEVI, M., *Consent, Dissent, and Patriotism*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2005, p.87. Alerta a autora para o fato de que: *People are more likely to comply with the rules set down by the state if they think the rules will be enforced in an evenhandedly way. Compliance is also enhanced by the belief that others are also obeying the rules. The trustworthiness of government encourages widespread compliance with the rules. In the next iteration, even more people comply because they are influenced by the widespread compliance of others..... If people feel that their own views are being ignored, they may distrust government.*

⁵¹ ARENA, G., *Cittadini Attivi*, Laterza, Roma, 2006.

*risolvere non solo i propri problemi, ma anche quelli riguardanti la collettività.*⁵²

É este novo cidadão que vai contrapor à burocracia estatal demandas de participação e colaboração mais direta e intensiva, redimensionando os termos do contrato social firmado no âmago da Democracia Representativa, eis que se ampliam radicalmente os espaços públicos de participação e decisão sociais, para além dos momentos estagnados do sufrágio e dos mandatos, rompendo de vez à noção tecnocrática de gestão estatal-burocrática:

*O paradigma tecnocrático concebe eficiência governamental em termos de concentração, centralização e fechamento do processo decisório, eficácia de gestão em termos de insularidade burocrática e, finalmente, autonomia do Estado como capacidade de isolar-se das pressões do mundo da política (...). Ademais, é preciso lembrar que a eficácia da ação estatal não depende apenas da capacidade de tomar decisões com presteza, mas sobretudo da adequação das políticas de implementação, o que, por sua vez, requer estratégias que dêem viabilidade política às propostas e aos programas governamentais. Sob essa ótica, a criação de arenas de negociação, a capacidade de articular alianças e coalizões aparecem como aspectos relevantes da ação estatal.*⁵³

⁵² Idem, p.VIII. Diz o autor que esta nova matriz opera um rito de passagem na relação entre Administração e Cidadania, que se afasta da idéia de separação em direção à colaboração, da diferença à fideducia, do segredo à comunicação. *Per la amministrazione questo significa essere consapevoli che la complessità della nostra società è tale da non poter più essere governata unicamente secondo il paradigma bipolare; per i cittadini, il nuovo modello comporta invece un'assunzione di responsabilità per i problemi della comunità ed il passaggio dalla (tutto somato) comoda posizione di amministrati (quando i servizi funzionano, naturalmente ...) a quella ben più impegnativa di cittadini attivi.* (p.23).

⁵³ DINIZ, E., *Crise, reforma do Estado e governabilidade: Brasil 1985-1995*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1997, p.177. É certa, contudo, a advertência do sociólogo Bernardo Sorj, em entrevista dada ao jornal paulista Estadão, edição de 08/12/2012, in

<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,a-alta-burocracia-no-olho-da-crise,971031,0.htm>: *Uma das avaliações erradas que fizemos em determinado momento foi pensar que as ONGs poderiam substituir parte das funções do sistema político. Elas não conseguem. Por duas razões: a primeira é que o mandato delas é fundamentalmente de denúncia e de disseminação de valores. Elas não entram nas questões estritamente de governo. A segunda razão é que parte dessas*

Vai em sentido similar também a reflexão de Putnam quando sustenta que *civil societies generate interpersonal trust and tolerance that is transferable from the voluntary organizations and groups that produce it to the broader framework of democratic participation. Under this view, which conflates generalized trust and social capital, societies need to create opportunities for social capital to be produced through voluntary activity based on friendship, loyalty, or commitment.*⁵⁴

Não há dúvidas, por outro lado, de que o combate à corrupção no Brasil não depende apenas da troca de funcionários envolvidos em acusações, mas requer, também, combate à burocracia que dá margem à corrupção.

O editorial do jornal *Financial Times*, na edição de 29/08/2012, refere estimativa da Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) de que a corrupção custa ao país cerca de 2% do PIB e

ONGs foram cooptadas pelo sistema político. Um tempo atrás, nas eleições anteriores na Câmara Municipal do Rio, um quarto dos políticos eleitos tinha suas próprias ONGs. Ou seja, a ONG muitas vezes é utilizada para desviar recursos públicos ou é cooptada com recursos públicos para defender o governo. O sistema político não pode ser substituído, ele tem que ser melhorado e fortalecido.

⁵⁴ PUTNAM, R. D. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, Simon and Schuster, New York, 2000, p.32. Concorde com a advertência que faz HARDIN, R., "Conceptions and explanations of trust" (Ed. K. COOK) in, *Trust and Society*, Russell Sage, New York, 2001, p.29, quando diz que: *There appear to be serious problems with Putnam's conceptual framework. The available evidence does not demonstrate a strong link either between trust in people within a particular organization and generalized trust in others or between generalized trust and trust in state institutions. In a multi-variate analysis based on 41 cases worldwide, the number of continuous years of democratic functioning between 1920 and 1995 is positively associated with high levels of interpersonal trust as well as with GNP/per capita and expressions of well-being (Inglehart 1997: 183, see also Inglehart and Baker 2000). Although this finding suggests that generalized trust and democracy reinforce each other, it does not imply that the development of generalized trust will generate strong democracies.* Todavia, tenho que isto não anula a compreensão da importância do capital social em situações de combate à corrupção e instâncias burocráticas. Ver o texto de USLANDER, E. M. "Producing and Consuming Trust". *Political Science Quarterly Review*, Vol.115, 2001, p. 569-590.

diz que: *para o Brasil atingir seu potencial econômico, a corrupção precisa ser combatida com vigor*.⁵⁵

Com base nestes argumentos, ao mesmo tempo em que elogia a postura da Presidente Dilma Rousseff em afastar Ministros envolvidos em corrupção, o Jornal sustenta que ela ainda precisa mais do que novos funcionários; precisa também combater a burocracia excessiva que simplesmente alimenta a corrupção. O editorial cita estimativa do Banco Mundial de que as empresas brasileiras gastam 2.600 horas anuais para formular suas declarações de impostos e observa que: *enquanto o cumprimento das leis empresariais no Brasil for tão complicado, funcionários corruptos serão sempre capazes de fazer um dinheiro rápido em troca de favores*.⁵⁶

É tão acertada a avaliação do *Financial Times* que importante jornal do país destaca que:

Quase três décadas após a redemocratização, o Brasil da Operação Porto Seguro pode confiar na segurança de suas instituições? Deflagrada pela Polícia Federal, a investigação revelou um esquema de venda de pareceres técnicos, tráfico de influência e corrupção em órgãos federais e agências reguladoras envolvendo, entre outros, a chefe de gabinete da Presidência da República em São Paulo, Rosemary Noronha - personagem próxima do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. De Brasília, Dilma Rousseff afastou prontamente os envolvidos. De Berlim, Lula quebrou o silêncio apenas na última sexta-feira para dizer, sem mais explicações, que “não ficou surpreso” com o caso. No mesmo dia, Paulo Vieira, o ex-diretor da Agência Nacional de Águas (ANA), pediu exoneração do cargo e o Planalto aguarda atitude idêntica de seu irmão, Rubens Vieira, diretor da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). Para piorar, por conta do envolvimento de seu adjunto, José Weber Holanda, a lama tisonou a reputação do advogado-geral da União, Luís Inácio Lucena Adams - até então pule de dez na próxima indicação da presidente para o Supremo Tribunal Federal.⁵⁷

⁵⁵ In

http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/08/110831_dilma_corrupcao_ft_rw.shtml, acessado em 17/12/2012.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ In

Por todas estas razões o capital social é importantíssimo neste processo de depuração das instâncias democráticas e suas instituições, para que permaneçam ou voltem a cumprir os pactos e compromissos civilizatórios ajustados.

BIBLIOGRAFIA

- ABRUCIO, F. L. “O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente” *Cadernos ENAP*, núm. 10, 1997.
- ALBROW, M., *La burocracia*, Mulino, Bologna, 1974.
- AMPANTE, R. G., “Patrimonialismo em Faoro e Weber”, *DADOS, Revista de Ciências Sociais*, v. 46, núm. 1, 2003.
- ARENA, G., *Cittadini Attivi*, Laterza, Roma, 2006.
- CORGUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M. (Eds.). *Derecho y Economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1998.
- BARZELAY, M., *Breaking through bureaucracy: a new vision of managing in government*, University of California, California, 1992.
- BENDIX, R., *Max Weber: um perfil intelectual*, UNB, Brasília, 1986.
- BIANCO, F., *Le basi teoriche dell'opera di Max Weber*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,a-alta-burocracia-no-olho-da-crise,971031,0.htm>, notícia veiculada em 08/12/2012. Diz ainda o jornal que: *Na opinião do sociólogo Bernardo Sorj, o novo castelo de cartas que desmorona no primeiro escalão do governo federal revela que o País ainda está longe de atingir a distinção republicana entre público e privado. E se destaca no rol da corrupção geral das nações por sua ocorrência “de forma quase sistemática”. Professor aposentado da UFRJ e diretor do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, no Rio - que atua na consolidação de democracias com justiça social na América Latina -, Sorj acredita que, embora o Brasil moderno e urbanizado tenha aprendido a respeitar a lei num sentido abstrato, ainda não é capaz de praticá-la com inteireza no dia a dia. “O desprezo pelo público, certamente em escala muito maior nas esferas do poder, está na prática cotidiana de praticamente todo cidadão”, afirma ele na entrevista a seguir. Uma distorção do desenvolvimento nacional que batizou de “individualismo transgressor”.*

BODEI, R. & CASSANO, F., *Hegel e Weber. Egemonia e legittimazione*, DeDonato, Bari, 1977.

BODIN, J., *Les Six Livres de la République*. Reimpressão da 12ª edição (1593). Paris: Librairie Artheme Fayard, 1986.

BRUBAKER, R., *I limiti della razionalità. Un saggio sul pensiero sociale e morale di Max Weber*, Armando, Roma, 1989.

BRUHNS, H., “O Conceito de Patrimonialismo e Suas Interpretações Contemporâneas”. *Revista Estudos Políticos*, núm. 4, 2012/1.

CAMPANTE, R., “O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira”. *Revista Dados*, v. 46, núm. 1, 2003.

CARVALHO, J. M., *A construção da ordem. A elite política imperial*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1980.

CROZIER, M., *Le Phénomène Bureaucratique*, Éditions du Seuil, Paris, 1963.

D'AMICO, R., *L'analisi della pubblica amministrazione: teorie, concetti, metodi*. Collana de Sociologia, Franco Angeli, Milano, 2006.

DINIZ, E., *A reforma do Estado: uma nova perspectiva analítica*. (Orgs M^a F. P. Coelho et al.) em, *Política, ciência e cultura em Max Weber*, Unb, Brasília, 2000.

- *Crise, reforma do Estado e governabilidade: Brasil 1985-1995*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1997.

FAORO, R. “A aventura liberal numa ordem patrimonialista” *Revista USP*, núm.17, 1993.

- *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, Globo, Porto Alegre, 1977.

FERNANDES, F., *A revolução burguesa no Brasil. Ensaio de Interpretação Sociológica*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1975.

FERRAROTTI, F., *Max Weber e il destino della ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1965.

GEDDES, B., *Politician's dilemmas: building state capacity in Latin America*, University of California, Berkeley, 1994.

HARDIN, R., *Conceptions and explanations of trust* (Ed. K. Cook) in, *Trust and Society*, Russell Sage, New York, 2001.

HEGEL, G.W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1975.

HENNIS, W., *Il problema di Max Weber*, Laterza, Roma-Bari, 1991.

HOLANDA, S. B. de, *Raízes do Brasil*, Livraria José Olympio, Rio de Janeiro, 1969.

JACOB, P., *Movimentos Sociais e Políticas Públicas*, Cortez, São Paulo, 1993.

KALBERG, S., *Leggere Max Weber*, Il Mulino, Bologna, 2008.

KAMENKA, E. y KRYGIER, M., *La burocracia: la trayectoria de un concepto*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

LANDI, F. R., *Ideologia*, Meltemi, Roma, 2005.

LANE, J. E., *The public sector: concepts, models and approaches*, Sage, London, 1993.

LEAL, R. G., *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

- “Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais: causas, conseqüências e tratamentos” *Revista Interesse Público*, vol.74, 2012.

LESSA, R. “Raízes do erro”. *Jornal do Brasil*, edição de 11 de agosto de 2001.

LEVI, M., *Consent, Dissent, and Patriotism*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 2005.

LUHMANN, N., *Teoría Política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1994.

MARX, K., *Lineamenti fondamentali di critica dell'economia politica. Grundrisse*, Manifestolibri (collana Marxiana), Roma, 2000.

OSBORNE, D. e GAEBLER, T., *Reinventing Government*, Addison-Wesley, Reading, Mass, 1992.

PARKIN, F., *Max Weber*, Il Mulino, Bologna, 1984.

PEREIRA, L. C. B. “Da administração pública burocrática à gerencial”. L. C. B. Pereira; P. K. Spink em, *Reforma do Estado e administração pública Gerencial*, Editora FGV, Rio de Janeiro, 1999.

- *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, Editora 34, São Paulo; ENAP, Brasília, 2002.

- “Do Estado patrimonial ao gerencial” (Orgs. W. Pinheiro, e Sachs) em, *Brasil: Um Século de Transformações*, Companhia das Letras, São Paulo, 2001.

PHILLIPS, A., *Democracy and Difference*, Polity Press, Cambridge, 2009.

PRADO Jr., C., *Evolução política do Brasil*, Brasiliense, São Paulo, 1953.

PUTNAM, R. D., *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, Simon and Schuster, New York, 2000.

ROSSI, P. (a cura di), *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Einaudi, Torino, 1981.

ROSSI, P., *Max Weber. Razionalità e razionalizzazione*, Il Saggiatore, Milano, 1982.

ROTH, G. “Personal Rulership, Patrimonialism, and Empire-Building in the New States” *World Politics*, v.20, núm. 2, 1968.

SACCOMANI, E. “Burocratizzazione”, (A cura di N. Tranfaglia) en, *Il mondo contemporaneo*, La Nuova Italia, Firenze, 1979.

SCHMITT, C., *Legalidad y Legitimidad*, Aguillar, Madrid, 1971.

SENIGAGLIA, C., *Razionalità e Politica: fondamenti della riflessione di Hegel e Weber sulla burocrazia*, Franco Angeli, Roma, 1996.

TOJAL, F. & CARVALHO, W. “Teoria e prática da burocracia estatal” *Revista de Administração Pública*, v. 3, núm. 1, jan./fev., 1997.

TRIGGIANI, D., *Introduzione a Max Weber*, Meltemi, Roma, 2008.

USLANDER, E. M., “Producing and Consuming Trust” *Political Science Quarterly Review*, v.115, 2001.

WEBER, M., *Economia e Sociedade*, UNB, Brasília, 2004.

- *Escritos Políticos*, Folios Ediciones, México, 1982.

- *Sociología del Derecho*, Comares, Granada, 2001.

LA ADMINISTRACIÓN INDOLENTE, A PROPÓSITO DE SU INERCIA ANTE EL VALOR “TIEMPO”

Raquel Cynthia Alianak

Profesora asociada y adjunta de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Rosario

La problemática elegida se vincula en alguna medida con el tema abordado en el anterior Congreso de esta RED (eficacia de la gestión administrativa, y en aquel caso en particular la gestión pública ambiental); y la elección de este tópico proviene asimismo, no sólo de investigación académica, sino de experiencias personales en el desarrollo activo de la profesión liberal, en el ámbito del derecho administrativo, en jurisdicciones nacional, provinciales y municipales.

El principio de “eficacia” de la gestión pública, como valor -en su significado- (capacidad para lograr el efecto o resultado que se desea o espera), se debe traducir en una gestión transparente, con publicidad total que permita su control, encaminada a satisfacer y obtener las metas y resultados esperados y previstos, todo ello en tiempo oportuno, y de todo lo cual los órganos administrativos están obligados a rendir cuentas a la sociedad.

Ese principio de eficacia se vincula necesariamente con el de celeridad, esto es, la actuación administrativa en los menores tiempos posibles y razonables, dentro de los plazos legales.

Reflexionaremos en esta oportunidad, acerca de si la celeridad como principio sustantivo de la gestión y procedimientos administrativos, esto es el valor tiempo, se concreta en la realidad, y ya me adelanto a brindar una respuesta contundente, la cual por mucho que nos pese, y a estar a la realidad, es negativa; entonces, frente a ella, cabe reflexionar acerca de la eficacia o no de los remedios procedimentales administrativos y/o procesales judiciales existentes, como apropiados para dar solución real y efectiva a este terrible déficit de la Administración.

Esta deficiencia sustancial -la inercia del actuar administrativo- echa por tierra y convierte en letra muerta a la garantía de la tutela administrativa efectiva, precisamente en la instancia o sede administrativa, y por ende, cabe preguntarnos: ¿existen entonces, o en su caso, son útiles e idóneos los medios administrativos y judiciales que disponemos para revertir como ciudadanos la indolencia de la Administración, en este aspecto?

prima facie, digamos que la mera inobservancia del orden legal por la Administración Pública, vulnera el interés público involucrado por el pleno sometimiento de la misma al ordenamiento jurídico, postulado básico del Estado de Derecho. Lo contrario implica negación del estado de derecho.¹

Veamos, por ende, a esta altura, de qué modo y a través de qué fuentes jurídicas, el “valor celeridad”, o “tiempo razonable en la decisión, en la gestión”, se encuentra consagrado e integra el ordenamiento jurídico vigente en el derecho argentino.

1. No hay duda que está receptado en relación al ámbito judicial.

La Constitución Nacional de la República Argentina reconoce, en su Art. 18, la garantía de todo habitante al *“debido proceso”*, interpretado por nuestra C.S.J.N., siguiendo la de los Estados Unidos de Norteamérica, desde antaño, como el debido proceso adjetivo y sustantivo: derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, a alegar, y derecho a una decisión fundada de un juez *dentro de un plazo razonable*.

El derecho supranacional, a través de Convenciones internacionales incorporadas con jerarquía constitucional a nuestra Constitución Nacional, como el Pacto de San José de Costa Rica también la consagra, en el ámbito judicial:

Art.8 inc. 1, norma que referida a las “garantías judiciales”, garantiza el derecho a ser oído y dentro de un plazo razonable por un juez, para la defensa de los derechos de una persona; y

¹ "Consejo Superior del Colegio de Abogados de Buenos Aires c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/Pretensión declarativa de certeza", Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, 13 de Febrero de 2013.-

Art. 25, el cual asegura la tutela judicial efectiva (aludiendo a “recursos judiciales efectivos”) contra cualquier acto que viole derechos fundamentales que reconoce la Constitución, las leyes o los tratados, aún cometidos por personas que ejerzan funciones oficiales.

2. Pensemos ahora en la garantía del plazo razonable, esto es, del Valor tiempo, en la instancia administrativa, y al respecto podemos afirmar que aquellas garantías judiciales sustanciales antes mencionadas – constitutivas de uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho – se extienden y tienen plena VIGENCIA en la vía administrativa, conformando el *debido procedimiento adjetivo y sustantivo*, derivado del debido proceso de nuestra Constitución Nacional, consagrado además expresamente como “*tutela administrativa efectiva*”.

Numerosos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han dado tratamiento al alcance y extensión de dicha garantía o tutela, trasladando a la esfera administrativa aquello que es exigible en la esfera judicial, pues en un Estado de Derecho, las garantías señaladas deben ser respetadas por toda autoridad pública.

a) Pensemos en el caso “Tibi v. Ecuador”, del 07.09.2004, voto del Juez Sergio García Ramírez, cuando el magistrado señaló que la justicia retardada es justicia denegada; ello es trasladable en un todo a la decisión administrativa.

b) En el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, del 31.01.2001, párrafo 71, la Corte Interamericana ha considerado “que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del Art. 8 de la Convención Americana”.

c) Otras Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que tienen en el derecho argentino jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Arts. XVIII y XXIV) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 2 inciso 3, apartado a y b, y 14 inc. 1), también consagran esa tutela.

Basta recordar el Art. XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dispone que *“Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener una pronta resolución”*.

Y ello significa el derecho a ser oído por autoridad administrativa competente antes de que se dicte un acto administrativo que pueda incidir en la esfera jurídica subjetiva de la persona; el derecho a ofrecer y producir pruebas en la instancia administrativa; el derecho a alegar sobre el mérito de esas probanzas; y finalmente, el derecho a una decisión fundada y motivada del órgano administrativo competente, y emitida en tiempo razonable.

Ese valor tiempo integra sustantivamente la garantía de la tutela administrativa efectiva, y toda persona goza de un derecho subjetivo público de exigir a la Administración que resuelva, y/o que gestione sus peticiones en tiempo útil y razonable, sin desmedro del análisis sustancial que deba realizarse y de los tiempos legales establecidos.

d) Su categoría de derecho humano, fue referenciada puntualmente por la C.I.D.H., en el caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 02.02.2001, párrafos 124 y 127, fallo que con claridad meridiana ha señalado que *“cualquier actuación u omisión de órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal, pues es un derecho humano obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas, no estando la Administración excluida de cumplir ese deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”*.

Ya hemos referenciado, de este modo, la obligación constitucional y supranacional que tiene la Administración Pública de expedirse en tiempo razonable.

3. En cuanto a qué debe entenderse por plazo razonable, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado – para el

ámbito judicial- algunos parámetros o elementos, bajo los cuales debe analizarse en el caso concreto, la existencia o no de razonabilidad en el plazo insumido por la justicia.

Precisamente en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27/04/2012, el Tribunal internacional ha individualizado los siguientes: a) Complejidad del asunto, b) Actividad procesal del interesado, c) Conducta de las autoridades judiciales, y d) Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Resulta interesante destacar el alcance que el Tribunal supranacional ha conferido al término “recurso judicial efectivo” (plasmado en el Art. 25.1 del Pacto San José de Costa Rica), explicando la Corte Interamericana en el punto 107 del fallo ut supra indicado, que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que por las condiciones del país, o por las circunstancias particulares del caso, resulten ilusorios.

El Tribunal, a posteriori, ha señalado con gran razonabilidad, en qué supuestos los recursos podrían *resultar ilusorios, puntualizando que lo serán: (I) en caso de inutilidad demostrada en la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o cualquier otra situación que implique denegación de justicia; o (II) en caso de que no exista una aplicación idónea del pronunciamiento, impidiendo que se materialice la protección del derecho reconocido en el fallo.*

4. Los parámetros señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se extienden necesariamente, y deben ser tenidos en consideración, cuando se trata de definir si existió o no plazo razonable en la actuación administrativa, a partir de la extensión de las garantías judiciales consagradas en los Arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, al ámbito de la actuación de la Administración Pública.

También entonces dichas pautas constituirán estándares, bajo los cuales deberá analizarse si en nuestros ordenamientos jurídicos contamos con vías procedimentales administrativas que no sean ilusorias, precisamente por su inutilidad en la práctica, o porque impidan en definitiva que se materialice el derecho reconocido en la decisión.

En el derecho argentino, un reciente fallo judicial del 26 de Junio de 2012 emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha tenido oportunidad de dar tratamiento al alcance que corresponde otorgar a la *garantía de obtener un pronunciamiento administrativo sin dilaciones indebidas, y en plazo razonable*, como derivada del Art. 18 C.N. y del Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Me refiero a la causa “Lociser Jorge Alberto y otros c/ BCRA – Res. 169/05”.-

Se trató de un sumario administrativo llevado a cabo por el Banco Central de la República Argentina, a través del cual se impusieron sanciones disciplinarias de multa a Directores y Síndicos de una Compañía Financiera. Los sancionados apelaron judicialmente la resolución administrativa, y el caso llegó al tribunal supremo con motivo de los Recursos Extraordinarios que interpusieran los actores contra la decisión judicial de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había confirmado la decisión imponiendo las multas.

El Alto Tribunal resolvió revocar la sentencia apelada, señalando que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el debido proceso, y dejó sin efecto las sanciones establecidas en aquel sumario, de casi 20 años de duración.

Es importante resaltar que si bien no se había cumplido el plazo de prescripción de la acción sancionatoria debido a interrupciones producidas por diversas diligencias del procedimiento, la Corte decidió resolver la cuestión constitucional planteada y que consistía en determinar si como resultado del extenso trámite de las actuaciones administrativas, se había vulnerado la garantía de defensa y el derecho a obtener una decisión en plazo razonable (invocando el Art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Las pautas que utilizó la Corte Suprema Nacional para concluir en la irrazonabilidad del plazo administrativo en cuestión, fueron las utilizadas tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (referidas con anterioridad), como asimismo por el

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a las que expresamente remite.

Este último (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), al interpretar el punto 6.1. de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (*“Derecho a un proceso equitativo”* 1. *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial*), tuvo en cuenta —a efectos de determinar la razonabilidad o no del plazo— idénticos parámetros que los señalados por la CIDH: *la complejidad del asunto, *la actividad procesal del interesado, *la conducta de autoridades judiciales y *el análisis global del procedimiento.

Dichas estándares, entonces, dan contenidos concretos a las referidas garantías y su apreciación, ha señalado la Corte, deberá presidir un juicio objetivo sobre el plazo razonablemente admisible para que la Administración sustancie los pertinentes sumarios.

En el caso “Lociser”, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina analizó la situación fáctica bajo la lupa de dichos estándares, concluyendo acerca de la inexistencia de complejidad en los hechos investigados por el B.C.R.A.; así como que tampoco los sumariados habían obstaculizado el curso del procedimiento; y que por el contrario, los prolongados lapsos de inactividad procedimental sólo habían sido atribuibles a la entidad administrativa (la resolución se obtuvo después de 18 años de haberse cometido los hechos y luego de 15 años de haberse iniciado el sumario).

5. Otros pronunciamientos judiciales actuales en la República Argentina, provenientes de jueces inferiores, también han aludido a la que he llamado “indolencia de la Administración”. Basta recordar la sentencia del 07.08.2012 del Juez Federal de Mar del Plata, dictada en el ámbito de una acción de amparo incoada contra la A.F.I.P. (organismo de recaudación tributaria de la República Argentina —Administración Federal de Ingresos Públicos), en relación a las restricciones existentes en nuestro país a las operaciones cambiarias en moneda extranjera.

En dicho fallo, el juez alude concretamente a lo que yo llamo “indolencia de la Administración”, al expresar: “*La eficacia de la Administración hace a la seguridad jurídica, pues de lo contrario aquella (la Administración) se convierte en una ruidosa máquina de impedir, sólo fiel al “código del fracaso” que dice: no se puede; en caso de duda, abstenerse; si es urgente, esperar; siempre es más prudente no hacer nada*”, para concluir en que la ineficacia e irrazonabilidad en el actuar de la Administración implica además mala praxis gubernativa.

6. Si nos concentramos en la normativa infraconstitucional, en la República Argentina a nivel legal en el ámbito nacional, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nro. 19549 consagra como uno de los principios sustanciales del procedimiento administrativo, el de economía, celeridad y sencillez.

Y su reglamentación, con las modificaciones introducidas en el año 1991 (mediante Decreto Nro. 1883/91), ha destacado en primer plano la trascendencia del principio de celeridad, a partir de reconocer expresamente, ya en el año 1991, que “el retardo o la falta de resolución de los asuntos pendientes dentro de la Administración, lesiona y degrada los derechos y garantías de los ciudadanos, las cuales —dentro de un procedimiento administrativo— no se compadecen con demoras, retrasos y molestias perturbadoras y que ocasionan al mismo tiempo, mayores costos de funcionamiento a la Administración”.

Dicho reglamento introdujo importantes innovaciones, pretendiendo garantizar la responsabilidad primaria de cada funcionario en resolver las cuestiones que le son propias, ordenando la automatización e informatización del registro, despacho y control de los expedientes administrativos.

Dispuso asimismo la creación de una “Unidad Secretaría General” en el ámbito de cada Ministerio, con tres Direcciones, entre ellas la de “Información al Público”, con competencia para recibir quejas o denuncias con motivo de tardanzas, atribuyendo al Jefe de la Unidad Secretaría General competencia específica para intimar a los funcionarios responsables de incumplimientos de plazos, bajo apercibimiento de ser sancionados bajo el régimen disciplinario público.

Asimismo, estipuló el deber de avocación del superior jerárquico en la tramitación en caso de comprobarse demoras, sin perjuicio de las sanciones al responsable por la dilación.

¿Qué ha sucedido en la realidad? Y estoy hablando del lapso transcurrido desde aquel año 1991 hasta la actualidad -año 2013-. Esa Dirección mencionada jamás fue creada, ni han existido en lo corriente, intimaciones a funcionarios por incumplimientos de plazos, ni avocaciones de superiores jerárquicos por demoras de tramitación, a pesar de constituir –todos ellos– deberes explícitos señalados en la normativa vigente, e imperativos para todos ellos.

En los *ámbitos provinciales*, varias normas locales de procedimiento administrativo (entre ellas la santafecina, Decreto Acuerdo Nro. 10204/58) consagran pautas precisas a seguir por la Administración relacionadas con este tema, muchas de las cuales no se cumplen en la realidad, y permanecen entonces como meros instrumentos ilusorios que sólo existen en la letra de la ley.

Algunas de las obligaciones legales que no advertimos que sean cumplidas en procedimientos administrativos provinciales, son entre otras: (i) la de poner a despacho los expedientes el mismo día de su recepción; (ii) la de cumplir en los términos máximos de 5 y de 2 días, la emisión de informes, dictámenes, intervenciones; (iii) el deber de exponer en cada caso, al pie de la última actuación, las razones de la demora en la tramitación, así como el tiempo en que el expediente permaneció radicado en cada órgano de los intervinientes.

Estas garantías de los administrados son eludidas sin más, aún cuando constituyen deberes y valores cuya aplicación y preservación ha sido puesta a cargo de la Administración pública.

7. Llegados a este estadio, deviene entonces como enfática conclusión, que la irrazonable dilación del procedimiento administrativo es incompatible con el derecho al debido proceso y al debido procedimiento.

Ello así está dicho y reconocido por el ordenamiento constitucional, el supranacional, el legal, así como por la jurisprudencia supranacional y nacional de nuestro más alto

tribunal y también la emanada de jueces inferiores; ya hemos dado cuenta de todo ello.

Sin embargo, las decisiones judiciales de muchos de nuestros tribunales, sólo remedian el “caso”, luego de un larguísimo peregrinaje administrativo de los particulares involucrados, pero esos fallos no previenen ni provocan un actuar administrativo futuro, que sea diligente y no indolente.

8. Vayamos así al punto central del tema de esta intervención: el ordenamiento jurídico todo, y las decisiones judiciales en el Derecho Argentino, resultan absolutamente insuficientes y sin utilidad para que se concrete en la realidad el respeto permanente de la Administración por dicho “valor tiempo”. Las trabas son tan sustanciales, que convierten a la garantía de tutela y al valor citado, en mera ilusión, pues además, las vías remediales con las que cuenta el ciudadano resultan de inutilidad manifiesta.

9. Analicemos concretamente algunos institutos remediales, para corroborar tal conclusión:

El amparo por mora de la administración, como remedio judicial ágil que permite, en relación a un procedimiento administrativo en trámite, solicitar a un juez – en caso de existir mora de la Administración en expedirse- que libere una orden judicial de pronto despacho conteniendo el plazo dentro del cual aquélla debiera resolver en lo pertinente. Al respecto, ¿podemos sostener su real eficacia? Y esta reflexión abarca por igual los ámbitos nacional y provincial santafecino. ¿Podría mejorarse el instituto y/o su funcionamiento?; ¿Es en realidad la solución, o es la solución que queremos?. Y aquí el quid de la cuestión es preguntarnos si debemos esperar a que sea un juez quien ordene a la Administración Pública a que se expida. ¿Es esa la forma de concretar en la práctica la tutela administrativa?

La celeridad, el pronunciarse en tiempo razonable constituye una manda constitucional, supranacional y legal. La Administración no lo cumple. ¿La Administración está fuera del Estado de Derecho, y para revertir tamaña falencia no nos queda otro recurso que acudir a un juez?

Pensemos en la queja y su falta de efectividad, instituto éste propio del ámbito administrativo nacional. No se utiliza casi nunca, y además el superior jerárquico no es proclive a imponer sanciones al inferior. En la Provincia de Santa Fe, el recurso jerárquico para los supuestos de demora en la decisión de un recurso por el órgano inferior, que podría ser una solución - pues se interpone, previa preparación de la vía, directamente ante el superior jerárquico de la Administración Provincial, el Gobernador- tarda tanto en resolverse que en la realidad no cumple con la finalidad en pos de la cual ha sido instituido.

Pensemos también en la falta de efectividad de las intimaciones judiciales a órganos administrativos, en procedimientos administrativos y procesos judiciales paralelos y simultáneos. A nivel nacional, un ejemplo concreto es el de los juicios para el reconocimiento de acreencias contra el Estado Nacional sujetas a consolidación, los cuales han sido concluidos -en la mayoría de los casos- después de un lapso no menor a 10 años, comprensivo de todas sus instancias procesales. Si el acreedor ha logrado sentencia firme que reconozca su crédito, recién allí comienza -a partir de ese estadio- el procedimiento administrativo posterior al juicio, a fin de requerir en la vía administrativa los bonos de consolidación.

Este procedimiento trae aparejadas excesivas e inconcebibles demoras de la Administración Pública, la cual incumple lisa y llanamente los plazos que la normativa le impone de 120 días para conformar u observar la solicitud de cancelación de deuda consolidada ². Si bien dicho plazo puede ser prorrogado a solicitud del Estado deudor invocando razones debidamente fundadas, las prórrogas son peticionadas ordinariamente, y concedidas por los jueces, sin ni siquiera una mera fundamentación.

Y allí se producen las irrazonables demoras e incumplimientos de plazos, y como el proceso judicial sigue abierto, el particular acreedor debe solicitar al juez que intime judicialmente a la Administración a diligenciar el Formulario de Requerimiento de

² Decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nro. 1116/2000, Art. 30.

Pago ante la Secretaría de Hacienda (la norma establece un plazo de intimación por 10 días).

Frente a esas intimaciones judiciales, la Administración (i) las contesta con subterfugios, requiriendo nuevos cumplimientos de recaudos que son innecesarios, pero que le permiten al administrador permanecer encuadrado temporalmente en el plazo legal; (ii) o no contesta; (iii) o bien solicita más plazo. Ello genera traslados al acreedor particular, resoluciones del juez ordenando nuevas intimaciones, etc., etc., y nuevas respuestas evasivas o de diferimiento del cumplimiento por parte del Estado.

Es dable advertir, pues resulta manifiesto, que en ese larguísimo interregno, los derechos de los administrados están absolutamente postergados, cuando no directamente resentidos, convirtiéndose el administrado en un tercero espectador de esta película.

Sus derechos no se efectivizan, o bien ello se produce en tiempos que a la postre resultan ineficaces para la preservación de la integridad e intangibilidad de su patrimonio.

Y aún en los casos en que los jueces apliquen “astreintes”, es decir, sanciones económicas conminatorias que se imponen a la Administración Pública morosa, por cada día de desobediencia a una orden judicial, generándose entonces -como el reloj de un taxi- montos dinerarios importantísimos, ello tampoco moviliza un próximo actuar diligente del órgano administrativo sancionado. ¿Por qué? Por variadas razones, algunas de ellas relacionadas con la circunstancia de que no se abren en sede administrativa (ni por los superiores jerárquicos ni por las oficinas de sumarios) las vías para hacer efectiva la responsabilidad de aquellos funcionarios que con sus omisiones o actuaciones negligentes han ocasionado el deber del Estado de abonar esa erogación (los astreintes) al administrado; y cuando en algunos casos los jueces han aplicado “astreintes” en forma directa al funcionario (órgano persona), a mi juicio ello tampoco ha logrado el fin perseguido (que la Administración expida prontamente la resolución irrazonablemente demorada). En definitiva, los astreintes los paga la sociedad, y la Administración es indolente frente a ello. Han existido planillas de astreintes firmes por montos económicos muy relevantes, y la inercia administrativa continúa en el mismo estado.

Otra de las razones de la falta de efectividad de los astreintes como medio impulsor de la actividad administrativa demorada, radica en la “opción” que muchas veces elige el órgano que debe resolver, prefiriendo diferir su decisión a fin de evitar fijar postura, aún a costa de que se generen dichas sanciones económicas.

Lo expuesto sólo resulta una breve síntesis de ejemplos, de entre los múltiples existentes, que he traído a este intercambio de ideas.

10. Frente a esta real y concreta situación, ¿qué es necesario? ¿Buscar nuevos mecanismos ante la inercia de la Administración? ¿Vamos a seguir buceando en nuevos mecanismos o institutos a aplicar? La Administración Pública sabe cómo debe obrar, pero no lo hace.

Tengamos en cuenta, además, que la celeridad en el actuar de la Administración constituye una pauta de comportamiento ético, consagrada en las Leyes de Ética Pública Nacional y Provincial ³, en tanto siendo un deber ético del funcionario, cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y defender el sistema republicano y democrático de gobierno, así como obrar con honestidad y buena fe, el incumplimiento de la garantía del debido procedimiento, reconocido por el ordenamiento jurídico vigente, constituye violación directa a este deber ético, y esos funcionarios son pasibles de sanciones que pueden llegar hasta su remoción, conforme los procedimientos del régimen propio de la función. Sin embargo, no he conocido una remoción que hubiere sido dispuesta por esta causal tan trascendente.

11. Y aquí entonces debemos retomar o repensar ideas fundamentales acerca de cómo debe ser entendida la actividad de la Administración en los procedimientos administrativos y en la gestión pública, a partir de la maduración de la conciencia de que el resultado administrativo, al decir de profesores italianos, asigna al principio de legalidad “un sentido más principal”, más coherente con la tutela de los intereses para los que los distintos centros del poder público hallan legitimación.

³ Ley de Ética Pública de la Provincia de Santa Fe Nro. 13.230 del 09/01/12. Ley Nacional de Ética Pública Nro. 25.188 del 26/10/1999.

Ese resultado administrativo, que es la expresión de la buena administración, implica sustancialmente la pronta toma en consideración de los intereses planteados, su rápida ponderación y su eficaz tutela, y coincido con el Profesor italiano Spasiano (en su trabajo del año 2010 “Crisis del mercado y de la administración democrática”, Nápoles), quien ha subrayado que la calidad de la acción de la Administración Pública con sus formas y tiempos operativos, es un factor de inmensa importancia en el ámbito económico y en contextos de valor social, donde la calidad de vida del ciudadano depende de manera relevante también de la calidad de respuestas que la Administración prepara.

Creo entonces necesario, por un lado, resaltar y poner en primer plano, ideas fundamentales y además practicables, que sustancialmente implican la protección directa de ese valor tiempo al que hemos aludido a lo largo de este camino; y por el otro, afirmar la necesidad de su definitiva toma de conciencia por la Administración.

I. Ellas han sido instaladas actual y recientemente en reformas a normas de procedimiento administrativo en algunos países de Latinoamérica y también en algunos estados autonómicos de España, en las cuales la celeridad del procedimiento ha constituido uno de sus ejes centrales, focalizados hacia la calidad de la gestión de la administración, hacia el buen gobierno, por medio de instituciones eficientes, transparentes y cercanas al ciudadano.

II. Estas ideas así puestas, no se encuentran arraigadas en el derecho argentino, y creo que estas concepciones deben urgentemente ser entendidas, comprendidas, y aplicadas por los órganos administrativos de mi país, pues no bastan los principios, si éstos no se aplican, o si los operadores del derecho los convierten en letra muerta.

III. ¿Qué ideas, entonces, quiero resaltar que deben ser entendidas y aplicadas por la administración en la República Argentina?

III.1. la idea de servicio de la Administración hacia el ciudadano, así expresada recientemente en normativa de Colombia⁴, en la cual se señala que la finalidad de los trámites y procedimientos administrativos es la de proteger y garantizar la efectividad de los derechos de las personas físicas y jurídicas ante las autoridades, facilitando la relación entre los particulares y la Administración.

Y para su logro, se puntualiza especialmente la necesaria celeridad en la actuación administrativa, debiendo los procedimientos adelantarse en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen, optimizando el uso del “tiempo” y recursos, para procurar el más alto nivel de calidad de sus actuaciones, y con ello, la protección de los derechos de las personas.

III.2. La idea de que la ciudadanía y la satisfacción de sus necesidades, es la razón de ser de la Administración pública.

Ello así consagrado en algunas normas nuevas españolas, como por ejemplo la Ley Nro. 4 del año 2011 de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares (y de modo similar, en Navarra).⁵

Aparece fuertemente entronizada la idea del servidor público, la voluntad de servicio de la Administración hacia la sociedad, la cual

⁴ Decreto Nro. 0019 del 10/01/2012 de Colombia, denominado “Antitrámites”, dictado conforme a una ley de fines del año 2011, por la cual el órgano legislativo autorizó al Poder Ejecutivo a suprimir o reformular regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios en la Administración

⁵ En esta norma procedimental administrativa de las Islas Baleares, la Administración está concebida como cercana al ciudadano, con el deber a su cargo de “orientar a la ciudadanía”, y no enfrentada a esta última. La ley referida toma cuenta de la presencia de una ciudadanía más exigente en busca de una legitimación social, que va más allá de la que proporciona la mera existencia y funcionamiento de los mecanismos institucionales, democráticos y la acción de gobierno. La finalidad de esa ley, es precisamente, pasar del modelo netamente burocrático originario a otro gerencial y de gobernanza, de buena Administración y de buen Gobierno.

persigue el interés general, aclarando que se trata de la administración del interés de la ciudadanía, y no del Estado.

Consagra también el principio de simplicidad y de comprensión, propiciando la integración de técnicas y métodos para disminuir los tiempos de respuesta.

La idea de la calidad de los servicios y de la acción de gobierno, y su mejora continua, considerada como un derecho de la ciudadanía, también debe ser concientizado por todas las Administraciones públicas.

Y para ello, resultan muy valiosas algunas de las tantas pautas contempladas en esa ley para lograr la calidad de gestión, como por ejemplo: el análisis de las expectativas de la sociedad y de escucha de la ciudadanía, la participación de todos los empleados del organismo; la incorporación de herramientas tecnológicas, y la configuración de sistemas eficaces de comunicación interna y externa.

III.3. Otras ideas valiosas, relacionadas con el valor “tiempo razonable”, las he encontrado plasmados en la Ley Foral 11/2012, (21/06/2012) de la transparencia y del Gobierno abierto de Navarra.

Se trata de un real compromiso que deben asumir las Administraciones Públicas para una mejora institucional, y en aquel está necesariamente comprometido el valor “tiempo”, celeridad.⁶

*Persigue construir un sistema público servicial, que genere confianza en la ciudadanía y que disponga de un sistema de

⁶ El propósito de la ley de Navarra, dado en su preámbulo, es impulsar una administración más eficaz, cercana y servicial, preparada para asumir sus responsabilidades frente a los ciudadanos a los que han de servir; que escucha lo que dicen y solicitan aquéllos, y que decide centrándose en sus necesidades y preferencias, entre otros instrumentos tendientes a ese fin. Además postula una Administración que se somete a criterios de calidad y de mejora continua, y que está preparada para rendir cuentas y asumir su responsabilidad ante los ciudadanos y ciudadanas a los que ha de servir.

control y vigilancia permanente sobre toda su actividad⁷, proponiendo una Administración más ágil, comprensible, cercana y accesible a los ciudadanos, y más garantista.

* Postula expresamente el deber de reducir progresivamente los tiempos de respuesta. Y canaliza la implicación de la ciudadanía en los asuntos públicos, como colaboradores de la Administración Pública, en lo que se conoce como proyectos de apertura de procesos u Open Process.

* Me parece muy interesante - como mecanismos de participación ciudadana - los foros de consulta de ciudadanos o entidades diseñados en esta ley, elegidos democráticamente entre los inscriptos en el Registro de Participación y Colaboración Ciudadanas, para reflexionar y debatir sobre determinadas políticas públicas; así como los paneles ciudadanos y los jurados ciudadanos, cuyo fin será el análisis de los efectos de una determinada acción, proyecto o programa llevado a cabo por la misma.⁸

Esto va de la mano, entonces, en forma directa, con lo que antes decíamos de escucha de la ciudadanía en todos los estadios de los procedimientos, de los tiempos de respuesta de la Administración, de su razonabilidad o no, y de la forma de mejorarlos.

⁷ Es sumamente reconfortante leer en el preámbulo de la ley en comentario que “Navarra está plenamente convencida de la necesidad de conseguir en la práctica lo que se plasma en los documentos, haciendo realidad los derechos de los ciudadanos y ciudadanas, dando un paso al frente al recoger en esta norma todos los instrumentos que la conviertan en un referente en calidad en su servicio, en transparencia y buen gobierno, manifestando un serio compromiso con la ética en la acción de gobierno, permitiendo a su vez que ello facilite el control que ejerce el Parlamento de Navarra. A lograr la consecución de todo ello van dirigidos todos los preceptos de la Ley Foral”.

⁸ Los jurados ciudadanos estarán formados por un máximo de diez personas, mitad ciudadanos y mitad entidades ciudadanas, elegidos por la Administración entre los sujetos inscriptos en el Registro de Participación y Colaboración Ciudadanas en el área correspondiente a la materia que motive su creación.

Y esa “escucha de la ciudadanía” se consagra como un derecho de los ciudadanos a ser consultados periódica y regularmente sobre su grado de satisfacción con las actividades gestionadas por la Administración Pública.

La participación de la ciudadana que está involucrada directa o indirectamente en procedimientos administrativos, y la evaluación pública de la gestión llevada a cabo, creo que resulta primordial como elemento ejemplar y de rendición concretizada de cuentas, como también lo serían, por ejemplo, las audiencias públicas sobre rendimiento de la Administración, pues a través de todas estas vías, el valor “tiempo”, el plazo razonable para decidir, podrían constituirse en elementos sustanciales sujetos a rendición, y de este modo, a control social.⁹

* Finalmente, tres puntos esenciales, contemplados en esta nueva normativa, como ejemplos a imitar:

(a) Se coloca a la ciudadanía y a los empleados públicos como auténticos dinamizadores del cambio, a través de la amplia difusión de este plan.

(b) La Administración asume el cumplimiento de un compromiso de calidad, con rendición de cuentas a la sociedad, elaborando y difundiendo Cartas de Servicios (es decir, se integra la “calidad” en los programas de gobierno).

(c) Se protege la seguridad y continuidad jurídica, imponiendo al gobierno en funciones, el deber de garantizar el estado de la documentación necesaria para el gobierno entrante, elaborando inventarios de los documentos básicos, con el objeto de facilitar el traspaso de poderes, para brindar una información transparente sobre el estado de los trámites y temas pendientes en cada ámbito departamental, y sobre el estado de ejecución del presupuesto

⁹ Se pone en práctica, asimismo, un plan de simplificación administrativa general, que tiende a reducir trámites administrativos, a reducir plazos de tramitación de expedientes y la extensión, en cuanto sea posible, del silencio administrativo positivo.

correspondiente. Esto también permite, de este modo, acelerar los tiempos administrativos de respuesta y resolución de trámites.

* Finalmente, creo que es importantísima la previsión también contenida acerca de un *Plan de Formación Específico, a ponerse en marcha por el Instituto Navarro de Administración Pública*, dentro de un plazo no superior a seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley Foral, cuya finalidad es precisamente, la de “sensibilizar al personal de la Administración Pública respecto de los derechos y obligaciones previstos en dicha ley Foral”.

12. Para completar las conclusiones de esta intervención, y ante la necesidad de una toma real de conciencia y sensibilización, por parte de las Administraciones públicas, respecto a los valores, derechos y garantías desarrollados, para que se instrumenten y apliquen en la realidad, creo que estas ideas y propuestas contenidas en las normas foráneas pueden ser analógicamente utilizadas e imitadas en nuestro ordenamiento.

Pero además, resultará sustancial en esa toma de conciencia, que la Administración Pública realice ineludiblemente el control de convencionalidad hacia adentro, en la propia instancia administrativa, sin necesidad de que sea un juez quien se lo imponga; y entonces, constituirá un deber de los órganos de asesoramiento jurídico del Estado informar al funcionario responsable primario de la decisión, de las violaciones a deberes internacionales y al sistema interamericano de derechos humanos que se incurrirán si el debido procedimiento - que incluye el decidir en tiempos razonables- es desoído en forma sistemática por la Administración.

Es hora de poner fin a la apatía y a la indolencia de la Administración frente al valor tiempo.

Y recordemos en este punto, el Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando claramente señala el compromiso de los Estados Partes de adoptar, las medidas legislativas o de otro carácter en su derecho interno, que fueren necesarias para hacer efectivos y garantizar los derechos y libertades reconocidas en el Pacto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aquel caso *“Fornerón e hija v/ Argentina”* (de abril de 2012), interpretó cuáles son las medidas que el Estado debe adoptar, las cuales van en dos vertientes:

“la primera, consiste en la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio”; y

“la segunda, consiste en la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de esas garantías”.

Precisamente y en punto a esta segunda vertiente ha explicado el Tribunal que el Estado está *“...obligado a prevenir la recurrencia a violaciones a los derechos humanos y por eso, debe adoptar medidas legales, administrativas, etc., necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir”*

En consecuencia, en *“Fornerón”*,¹⁰ (de guarda y adopción con múltiples falencias que concluyó en el fallo internacional

¹⁰ El caso *Fornerón e hija v. Argentina*, tiene como antecedente una petición realizada por el Sr. Leonardo Fornerón el 14/10/2004 formulada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con motivo de la entrega en guarda preadoptiva de una niña efectuada por su madre, sin el consentimiento del padre biológico, quien no tuvo acceso a la niña sino muchos años después y sin que el Estado hubiere ordenado ni implementado en plazo razonable un régimen de visitas, a pesar de las múltiples solicitudes del Sr. Fornerón, por más de diez años. El 26/10/2006 la Comisión adoptó el Informe de Confidencialidad, aprobando el Informe de Fondo el 13/07/2010, realizando determinadas recomendaciones al Estado Argentino otorgándole un plazo de dos meses para informar acerca de su cumplimiento. El Estrado Argentino solicitó prórroga y vencido dicho plazo, la Comisión en fecha 29/11/2010, sometió el caso a jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por falta de cumplimiento de las recomendaciones por el Estado Argentino y necesidad de protección efectiva del derecho de la familia y del interés superior del niño, así como por la necesidad el que el Estado modifique su ordenamiento jurídico en materia de venta de niños, reparando integralmente la violación a los derechos humanos de la presente causa. La demora injustificada de los procedimientos provocó el desconocimiento de los derechos del padre, y se solicitó a la Corte que se declarara la responsabilidad internacional del Estado, por

condenando al Estado a resarcimientos económicos a los actores) , en el punto 168 del fallo, bajo el título “Garantías de no repetición”, la C.I.D.H. dispuso que frente a la inercia o actuación no proactiva del Estado en investigar, éste debía verificar la conformidad a derecho de la conducta de los servidores públicos que intervinieron en los procesos internos, y señalar las responsabilidades que correspondan, emitiendo informes a la Corte con el resultado de dichas investigaciones.

Y resulta contundente la apreciación realizada por el Tribunal Internacional, al sostener que la responsabilidad del Estado provino en gran medida de la falta de capacitación a sus funcionarios públicos, en la materia de la que trató el caso.

Resaltó puntualmente la C.I.D.H., que no basta con disponer de garantías y protecciones judiciales, si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente en el tema, pues las violaciones a los derechos de los actores se produjeron fundamentalmente por la actuación del sistema de justicia de la Provincia de Corrientes.

A idénticas conclusiones podemos arribar respecto a las garantías y protecciones en sede administrativa.

La Corte Interamericana ordenó al Estado Argentino a implementar, en el plazo de un año contado desde la notificación de la sentencia, y con la pertinente disposición presupuestaria, un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales –funcionarios públicos- (incluidos jueces, defensores, fiscales, asesores de menores y demás funcionarios de la Provincia de Entre Ríos), en la materia y temas de las que trató el caso, y entre otros aspectos, en estándares internacionales en derechos humanos.

Esa sentencia debe ser ejemplar para la Administración pública nacional, las provinciales y municipales. Serán imperiosos, entonces, como también ya hemos visto plasmado en la nueva Ley Foral de Navarra, cursos obligatorios de capacitación y concientización a funcionarios administrativos en nuestro país, acerca de los alcances y consecuencias del principio de celeridad,

violación del derecho del Sr. Fornerón e hija a un debido proceso, a las garantías judiciales y a sus derechos a la protección de la familia (Arts. 8.1., 25.1. y 17 Convención Americana).

de las decisiones en tiempos razonables como elemento sustancial a la garantía de la tutela administrativa efectiva, y sobre los estándares internacionales que el sistema interamericano de derechos humanos ha fijado en este tópico.

* Sería también importante que en las páginas web oficiales de las Administraciones Públicas, se publicaran en forma íntegra los expedientes administrativos, para que el control social pueda ser efectivamente ejercido, debiendo publicar todo órgano la cantidad de procedimientos en trámite, y desde qué fecha, así como los tiempos de respuesta. Ello como una de las aplicaciones obligatorias de lo que se ha dado llamar “transparencia activa”, tanto en las normativas nacional argentina como en la provincial santafecina, entre otras, pero que hasta ahora no la incluyen.

* Y en pos de imitar ejemplos valiosos vigentes en otros ordenamientos, también resultaría interesante pensar (como lo ha hecho la reforma del procedimiento administrativo italiano, mediante la Ley Nro. 69/2009) –como consecuencias de la demora de la Administración en la conclusión del procedimiento– que la falta respecto del plazo genera la obligación de compensar “el daño injusto causado como consecuencia de la inobservancia dolosa o culposa del plazo de conclusión del procedimiento administrativo –daño por el retardo), así como la configuración de la responsabilidad de gestión¹¹, uno de cuyos elementos de valoración es precisamente la falta de dictado de la medida dentro del plazo estipulado.

Frente a la “tercera generación de procedimientos administrativos”, como los denomina Javier Barnes, concebidos como de carácter cooperativo y participativo de agentes públicos y privados; frente a las nuevas tendencias de normas modernas de procedimientos administrativos con la concepción de servicio de la Administración Pública hacia las personas, de calidad y mejora continua de la gestión, y de rendición concreta de cuentas en foros, jurados o paneles de ciudadanos, en audiencias públicas de

¹¹ Art. 2 inciso 9 de la Ley Nro. 241/90, agregado por la Ley Nro. 69/2009.

rendimiento, etc., es hora entonces de asumir la responsabilidad y el compromiso por los administradores públicos, de garantizar concretamente en cada expediente administrativo el propio control de convencionalidad, en pos de que existan vallas de seguridad infranqueables que impidan que la garantía del debido procedimiento, y con ella la aceleración de los tiempos de respuesta, pueda ser convertida en letra muerta por una actitud indolente, impropia de un Estado de Derecho.

EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: LOS CASOS DE ARGENTINA, BRASIL Y ESPAÑA

Alfonso Buteler

Doctor en Derecho y profesor de Derecho Administrativo
Universidad Siglo XXI

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los organismos que tienen a su cargo el control de la corrupción en la república Argentina, Brasil y España. Dejamos aclarado que la elección de dichos países no obedece a ningún motivo en particular más que la comparación y que nuestro trabajo se limitará a describir las particularidades que presenta la corrupción en dichos sitios y cuáles son los órganos estatales que tienen a su cargo el control de dicho mal.

II. EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

Como ya lo hemos señalado en otra oportunidad¹ la corrupción, como desnaturalización del poder² no es un fenómeno reciente sino que remonta su origen a unos milenios atrás³, aunque en las últimas décadas se ha transformado en una problemática que

¹ BUTELER, A., “Corrupción y derecho administrativo”, *A & C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 48, p. 97 y ss.

² Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Ética, política y urbanismo”, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, núm. 333, p. 83, esp. p. 98.

³ González Pérez nos recuerda que ya Séneca escribió, hace muchos siglos, que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos. ya que desde la aparición del poder, la corrupción lo acompaña como la sombra al cuerpo (GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La Ética Pública”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 283, p. 1 y 2) Para ampliar sobre el derrotero histórico de la corrupción, véase GRONDONA, Mariano, *La Corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, p. 35 y ss.

aqueja al mundo entero poniendo en jaque muchas de las bases del Estado moderno.

Ello, en virtud de que dicho flagelo genera una inestabilidad institucional y desconfianza de los ciudadanos que terminan socavando el ejercicio mismo del poder. En ese orden de ideas uno de los mayores temores que se tiene es que ese mal termine afectando a la democracia misma y las reglas que rigen en un Estado de Derecho.⁴ Mientras para algunos el tema de la corrupción está íntimamente vinculado al principio de legalidad, para otros⁵ ultrapasa la cuestión de la necesidad de cumplimiento de la ley o el respeto a los códigos de ética.

Es que, como lo señala Malem Seña, la corrupción corroe los fundamentos que de la moderna teoría de la representación que está bajo el ideal democrático.⁶ Pues, para dicho autor, el círculo vicioso de corrupción e impunidad “produce en el ciudadano una sensación de que ‘todo vale’, un descreimiento aún mayor en el sistema judicial y un incentivo más para operar como un *free riders*. Se genera de ese modo una cultura de la corrupción donde muchos pretenden alcanzar sus metas a través de métodos ilegítimos y donde el que cumple con las leyes pierde siempre”⁷.

Por tal motivo, es que se ha señalado que la falta de probidad de los funcionarios públicos pone en debate el problema capital de la lealtad democrática, habida cuenta que la proliferación de actividades corruptas indica la existencia de un problema mayor y más profundo: la tendencia a sustituir el ideal democrático de

⁴ PÉREZ HUALDE, A., “Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción”, *La Ley*, 20/6/2011.

⁵ OSORIO NUNES, A. C., “Corrupção: o combate a través da prevenção”, en AA.VV., (Coords. L. M. Fonseca Pires, M. Zockun y R. Porto Adri) em, *Corrupção, ética e Moralidade administrativa*, Forum, Belo Horizonte, 2008, p.15.

⁶ MALEM SEÑA, J., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 121.

⁷ *Idem*, p. 127.

cooperación por formas de competencia y de imposición de los propios intereses que contradicen radicalmente ese ideal⁸.

Las dificultades se acrecientan si tenemos en cuenta que ha sido muy dificultoso definir a este fenómeno o encontrar un concepto que englobe a todas aquellas conductas que deben considerarse corruptas o reñidas con la ética, lo que se evidencia en la inexistencia de una noción en la Convención Interamericana contra la Corrupción⁹ y en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.¹⁰ Muestra de ello es que en este último instrumento internacional hubo arduos debates en el seno del Comité Especial para tratar de llegar a una definición consensuada de “corrupción”, sin embargo ello no fue posible¹¹, aunque no pueden desconocerse los esfuerzos que aun realiza la doctrina.¹²

Empero, no puede negarse que la noción de corrupción ha ido ampliándose de manera exponencial; desde el soborno, pasando por enriquecimiento ilícito hasta cualquier conducta reñida con la ética.

Lo real y concreto es que en la actualidad la corrupción es una preocupación mundial¹³ y un fenómeno global en virtud del auge

⁸ SAID, J. L., “La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y el reglamento”, en AA.V.V, *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2009, p. 499.

⁹ En adelante CICC.

¹⁰ En adelante CNUCC.

¹¹ RAIGORODSKY, N. R., *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2ª ed. act., Buenos Aires, Oficina Anticorrupción, p. 27.

¹² MALEM, *La corrupción ...op. cit.*, p. 24 y ss; GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 202.

¹³ Así, por ejemplo, en 1994 se realizó en EE.UU el primer Congreso Internacional de Ética pública, en 1996 se celebró el Convenio de la OCDE sobre soborno transnacional y tuvo lugar la Convención Americana Contra la Corrupción. El año siguiente el Consejo de la Unión Europea aprobó el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las

de las operaciones financieras internacionales, del comercio transnacional, etc. Por ello es que se ha dicho que “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.¹⁴

III. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES ANTICORRUPCION Y A LOS ÓRGANOS DE CONTROL

En lo concerniente a los organismos de control las convenciones anticorrupción contienen normas expresas que regulan el asunto, estableciendo estándares que deben seguir los países miembros.

En tal sentido la CICC, ha establecido pautas claras en el tema que nos ocupa, las cuales deben ser tenidas en cuenta por las autoridades locales bajo pena de responsabilidad internacional, pues sus preceptos son directamente operativos¹⁵, salvo en materia penal¹⁶.

Con tal orientación, la CICC: a) Hace hincapié en el carácter preventivo del control; b) Impone la obligación de crear órganos de control superior con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir detectar sancionar y erradicar las prácticas corruptas (art. III, 9) y c) Impone a los Estados el establecimiento

Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la esa unión. De la última década merece destacarse la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (2003), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2003) y sobre todo la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. 2006)

¹⁴ Véase los considerados de la CNUCC.

¹⁵ Carlos A. Manfroni destaca que la operatividad no es inmediata en materia penal (*La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada*, 2ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 112)

¹⁶ Cfr. GORDILLO, A., *Tratado de Derecho administrativo. T. 1*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed., p. XVI, 19.

de sistemas adecuados para recaudación y el control de los ingresos del Estado que impidan la corrupción. (art. III, inc. 6) Por su parte, la CNUCC contiene disposiciones específicas con relación al control estatal de esa materia. Ese instrumento supranacional impone a los Estados parte la obligación de:

a) Realizar una evaluación periódica para detectar si los instrumentos jurídicos y administrativos utilizados en el país para combatir la corrupción son adecuados.

b) Garantizar la existencia de órganos encargados de prevenir la corrupción y de otorgarles la independencia necesaria, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones. (art. 6°)

c) Adoptar las medidas que sean necesarias, para alentar la cooperación entre, por un lado, organismos públicos de cada Estado Parte, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. (art. 38)

IV. ANALISIS COMPARADO DE LOS ORGANISMOS QUE CONTROLAN LA CORRUPCIÓN

1. Argentina

A. Particularidades

En primer lugar, debe señalarse que conforme a los datos empíricos analizados en los últimos años la República Argentina se encuentra entre los países con mayores niveles de corrupción del mundo ubicándose, por lo general, por encima del puesto número cien en nivel de transparencia¹⁷.

¹⁷ Pueden confrontarse los índices de transparencia internacional de los últimos años en: www.transparency.org.

Por otra parte, es importante destacar que el costo social de la corrupción en nuestro país desde el regreso de la democracia en 1983 ha sido estimado en la suma de diez mil millones de pesos.¹⁸

Un relevamiento realizado por el Centro de Investigaciones y Prevención de la Criminalidad ha revelado que desde la democracia se promovieron 750 causas judiciales vinculadas a la corrupción y solo en de tres de ellas hubo condenas. Según ese informe, el promedio de duración de causas judicial en donde se investigan actos de corrupción es de catorce años, contados desde la fecha en que se radica la denuncia hasta su finalización¹⁹, lo cual ubica a esas causas cerca de los plazos de prescripción.

Se ha detectado, también, que los países que poseen leyes de acceso a la información pública tienen un nivel más bajo de corrupción. Cabe destacar que en la República Argentina solo regula la materia el Decreto 1172/03²⁰ de aplicación en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, es decir, que no existe una ley aplicable a todo el Estado federal.

En nuestro país, se han aprobado tanto la CICC y la CNUCC. Ambos instrumentos poseen rango supralegal habida cuenta que solo los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional por vía del art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental.

B. Previsiones constitucionales

¹⁸ Cfr. con informe “La parálisis de la justicia frente a los casos de la corrupción” en www.acij.org.ar

¹⁹ Confrontar el Informe denominado “La parálisis de la justicia frente a los casos de la corrupción” realizado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia: www.acij.org.ar

²⁰ B.O. 4/12/2003. A su vez, mediante la Resolución conjunta 3/2008 de la Fiscalía de Control Administrativo y la Resolución conjunta 1/2008 de la Secretaría de Gabinete y Relaciones Parlamentarias se aprobó el procedimiento de tramitación de las denuncias por incumplimiento de las obligaciones previstas en el Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional.

La inclusión del art. 36 con la Reforma Constitucional de 1994 ha dado lugar a un posicionamiento distinto de la temática de la corrupción en Argentina. Pues allí, el Constituyente incluyó en el texto de la Carta Magna el delito de corrupción²¹, lo que ha llevado a la doctrina a cuestionarse quién es el titular de ese bien jurídico a la transparencia o al desempeño ético de la función pública²². Sin lugar a dudas, podemos sostener que se trata de nuevo derecho de incidencia colectiva que se halla en cabeza de los ciudadanos y que, por ende, hace aplicable la legitimación prevista en el art. 43 de la CN.

C. Organismos anticorrupción

a. La Oficina Anticorrupción

De acuerdo a la ley 25.233²³ que le dio nacimiento en 1999, la Oficina Anticorrupción²⁴ se ubica en la esfera del Ministerio de Justicia de la Nación. Tiene a su cargo la elaboración y coordinación de programas de lucha contra la corrupción en el Sector Público Nacional²⁵ o que tenga como principal fuente de

²¹ BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 267.

²² SAID, *La corrupción ... op cit.*, p. 493; CANDA, F. O., “El régimen disciplinario de los empleados público (bases constituciones y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, *EDA*, 2003, p. 565.

²³ B.O. 14/12/1999.

²⁴ En adelante OA.

²⁵ Al respecto el art. 8 de la Ley 24.156 (B.O. 29/10/1992) indica que el Sector Público Nacional está integrado por: a) Administración Nacional, conformada por la Administración Central y los Organismos Descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las Instituciones de Seguridad Social; b) Empresas y Sociedades del Estado que abarca a las Empresas del Estado, las Sociedades del Estado, las Sociedades Anónimas con Participación Estatal Mayoritaria, las Sociedades de Economía Mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado nacional tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias; c) Entes Públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional, que abarca a cualquier

recursos el aporte estatal. Sin embargo, carece de competencia para realizar investigaciones en el ámbito del Poder Legislativo, el Poder Judicial o en los organismos de las Administraciones Provinciales y Municipales. Además, conforme lo dispone el Decreto 102/99²⁶ es la autoridad de aplicación de la Ley de Ética Pública²⁷ y de la CICC.

El art. 6º establece que la OA estará a cargo de un Fiscal de Control Administrativo, designado y removido por el Presidente de la Nación a propuesta del Ministro de Justicia.

Entre sus competencias previstas en el art. 2 se destacan: a) La facultad de recibir denuncias que hicieran particulares o agentes públicos que se relacionen con su objeto e investigarlos si correspondiere; b) Investigar preliminarmente a toda Institución o Asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la administración de los mencionados recursos; c) Denunciar ante la justicia competente los hechos que como consecuencia de las investigaciones practicadas, pudieren constituir delitos; d) Constituirse en parte querellante en los procesos en que se encuentre afectado el patrimonio del Estado. Adviértase que solo puede intervenir en causas penales en la calidad de querellante pero no tiene en su cabeza la posibilidad de llevar adelante la acción penal pues de lo contrario habría una injerencia del Poder

organización estatal no empresarial, con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, donde el Estado nacional tenga el control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones, incluyendo aquellas entidades públicas no estatales donde el Estado nacional tenga el control de las decisiones; d) Fondos Fiduciarios integrados total o mayoritariamente con bienes y/o fondos del Estado nacional. Serán aplicables las normas de esta ley, en lo relativo a la rendición de cuentas de las organizaciones privadas a las que se hayan acordado subsidios o aportes y a las instituciones o fondos cuya administración, guarda o conservación está a cargo del Estado nacional a través de sus Jurisdicciones o Entidades.

²⁶ B.O., 29/12/1999.

²⁷ Ley 25.188, B.O., 01/11/1999.

Ejecutivo en el Ministerio Público, tal como lo entendió la Corte Suprema en el caso “Aslanian”²⁸; e) Llevar el registro de las declaraciones juradas de los agentes púbunciones establecidas en el art. 2º al hecho de que el Fiscal de Control Administrativo considere la cuestión de significación institucional, económica o social lo cual pone de resalto para la doctrina la discrecionalidad que posee en dicha apreciación²⁹. Como podrá advertirse, en esa regulación, es fundamental el principio de oportunidad, a partir de criterios de significación institucional (exceso de poder, desviación de los fines de un organismo, etc.), social (situaciones en las cuales el funcionamiento del organismo tiene un impacto apreciable en la población) y económica (cuestiones relativas a la eficiencia con la cual es administrado un organismo)³⁰.

En lo que respecta al aspecto adjetivo, una vez que detectada una supuesta trasgresión, las actuaciones deben pasar con dictamen fundado al Ministro de Justicia, a la Procuración del Tesoro de la Nación y al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate. Ese expediente servirá de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes en donde la OA podrá ser tenida como parte acusadora con facultades de ofrecer, producir o incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

En nuestra opinión, el hecho de que el titular de la OA es designado por el Presidente de la Nación y su ubicación jerárquica dentro del Ministerio de Justicia, ponen en evidencia una clara falla estructural y el incumplimiento de los estándares establecidos por las convenciones internacionales a que aludimos más arriba.

²⁸ Fallos, 329:1984, (2006)

²⁹ Cfr. ORGAZ, J., “*El procedimiento de control de las irregularidades administrativas*”, AA.VV., (Ignacio Velez Funes, Dir.) en, *Derecho procesal administrativo*, T. II, Córdoba, Alveroni, 2003, p. 370.

³⁰ Ver: MASSONI, J., “La Oficina Nacional de Anticorrupción”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho*, 2º ed., Buenos Aires, RAP, 2009, p. 759 y ss.

Ello, en tanto, dicho organismo de control, no tiene garantizada su independencia, pues debe controlar a sus superiores y a quienes le asignan recursos. Es que, como lo recuerda Canda, es una regla básica en materia de control que el controlante no dependa del controlado.³¹

b. La Fiscalía de Investigaciones Administrativas³²

Este organismo forma parte del Ministerio Público Fiscal como órgano dependiente de la Procuración General de la Nación. Está compuesto por el Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y los demás magistrados que establece la Ley 21.383³³. En virtud de ubicación institucional al integrar un órgano extrapoder, tiene independencia con relación a los tres poderes estatales lo cual resulta fundamental en la medida en que su actividad es exógena a la de los investigados³⁴.

Tiene como finalidad controlar la legalidad administrativa y en caso de detectar irregularidades, ordenar a través de un dictamen que es vinculante, la instrucción de sumarios administrativos o – en su caso- denunciar penalmente y participar en las causas con los alcances que analizaremos más adelante.

La modificación de la ley 21.383 que permitía la remoción del Fiscal de Investigaciones Administrativas por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional tal como ocurrió en el recordado caso “Molinas”³⁵, ha sido un gran avance para lograr la independencia

³¹ Cfr. CANDA, F. O., “*La Fiscalía de Investigaciones Administrativas*”, ED, núm. 180, 199, esp., p. 801.

³² En adelante FIA.

³³ B.O. 20/081976.

³⁴ Aunque, como lo destaca Fabián O. Canda, lo más importante es su independencia del Poder Ejecutivo ya que es ese Poder quien es investigado por la FIA (“*La Fiscalía de Investigaciones Administrativas*” en, AA.VV. *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho*, 2^a ed., Buenos Aires, Rap, 2009, p. 833)

³⁵ Fallos, 314:1091, (1991) En ese caso, frente al cuestionamiento –por vía de amparo- contra la legitimidad de un decreto del P.E.N. por el cual

de este órgano de control. Es que en la actualidad la remoción dependerá de la decisión de un Tribunal de Enjuiciamiento que, a su vez, está sujeta al control judicial posterior.

También, es un aliciente que la designación de los miembros de la FIA se haga por concurso de oposición y antecedentes. Empero, es criticable que la terna que resulte de ese proceso de selección deba ser elevada al Poder Ejecutivo Nacional por el Procurador General para que proponga uno de ellos al Senado para su nombramiento. A su vez, es destacable que los integrantes de la FIA posean estabilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta y hasta los 75 años.

Por su parte, el art. 45 de Ley Orgánica del Ministerio Público³⁶ establece que dicha autoridad de contralor tiene como funciones las siguientes:

a) Promover la investigación de la conducta administrativa de los agentes integrantes de la administración nacional centralizada y descentralizada, y de las empresas, sociedades y todo otro ente en que el Estado tenga participación.

En caso de irregularidades pasará las actuaciones con dictamen fundado a la Procuración del Tesoro de la Nación o al funcionario de mayor jerarquía administrativa de la repartición de que se trate, las que servirán de cabeza del sumario que deberá ser instruido por las autoridades correspondientes y la FIA será tenida como parte acusadora, con iguales derechos a la sumariada, en especial, las facultades de ofrecer, producir e incorporar pruebas, así como la de recurrir toda resolución adversa a sus pretensiones.

b) Efectuar investigaciones en toda institución o asociación que tenga como principal fuente de recursos el aporte estatal, en caso de sospecha razonable sobre irregularidades en la inversión dada a los mencionados recursos.

se había resuelto separar de su cargo al Fiscal de Investigaciones Administrativas sin la realización de un sumario previo, la Corte Suprema rechazó la demanda.

³⁶ Ley 24.946, B.O. 23/03/1998. En adelante LOMP.

c) Denunciar ante la justicia competente, los hechos que, como consecuencia de las investigaciones practicadas, sean considerados delitos. En tales casos, las investigaciones de la Fiscalía tendrán el valor de prevención sumaria. El ejercicio de la acción pública quedará a cargo de los fiscales competentes ante el tribunal donde quede radicada la denuncia con la intervención necesaria del FIA o de los magistrados que éste determine.

d) Tendrá intervención cuando en el curso de un proceso judicial en sede penal se efectúe imputación formal de delito contra un agente público por hechos vinculados con el ejercicio de su función, el juez de la causa deberá poner esta circunstancia en conocimiento de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

e) Asimismo, para los casos en que los fiscales del fuero no estuvieren de acuerdo con la prosecución de la acción, podrá la FIA asumir en cualquier momento el ejercicio directo de la acción pública.

Como puede advertirse, la FIA es un organismo que reúne muchas de las competencias y facultades deseables para luchar en contra de la corrupción. Así, lo pone de resalto también la labor realizada por dicho organismo en los últimos años.

Sin embargo, a partir del dictado de la Resolución 147/08 del Procurador General de la Nación³⁷ la situación que se presenta es diferente en tanto se han limitado notablemente las facultades de dicho organismo en la jurisdicción penal. En dicha resolución, el PGN -dictada según dicho funcionario para precisar funciones, prerrogativas y competencia de la FIA- sostiene que:

1) La FIA nunca fue concebida como una fiscalía penal temática, investida de la facultad de monopolizar la representación del Ministerio Público Fiscal en casos de corrupción. En contra de esa postura explicitada se ha manifestado Canda al sostener el carácter específico de la FIA y de los magistrados que la componen por sobre los demás fiscales.³⁸

³⁷ En adelante PGN.

³⁸ CANDA, F., “*La Fiscalía...*” *op. cit.*, pag. 809.

2) En las causas iniciadas por denuncia de la FIA mientras se mantenga la investigación a cargo del fiscal de la causa, la FIA puede acceder al expediente y concertar cursos de acción con el fiscal pero siempre la representación es única y depende del fiscal a cargo.

3) Para que la FIA pueda ejercer directamente la acción es necesario que previamente el fiscal de la causa haya exteriorizado un criterio contrario a la prosecución de la acción. (art. 45 inc. C de la LOMP) Los fiscales deben informar a la FIA cada vez que así lo decidan para que ésta pueda asumir la defensa.

Por nuestra parte destacamos, que esa inteligencia asignada a dicho precepto normativo se opone a la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, habida cuenta que en la causa “Ríos”³⁹ el Alto Tribunal admitió en el ejercicio directo de la acción pública por la FIA, aun ante la discrepancia del fiscal de la causa. Este criterio se repitió luego en “Caciatore” en 1988.⁴⁰

4) La FIA no puede intervenir en las medidas cautelares.

5) Cuando una causa haya sido iniciada por una vía distinta a la denuncia de la FIA los jueces se encuentran obligados a comunicar a aquella todos los casos en los que se halle imputado un funcionario público. En esos supuestos, también se debe garantizar la intervención judicial “necesaria” de la FIA pero siempre sujeto a la decisión del fiscal de la causa.

A partir de esa decisión de la PGN, el ejercicio de la acción penal directa por la FIA requiere de manera concurrente que la causa penal sea iniciada por ésta y que el fiscal federal tenga un criterio diferente al de dicho organismo de control en cuanto a seguir interviniendo en la causa.

Esa interpretación de las atribuciones de la FIA que propone la mentada resolución, si bien puede tener cierto respaldo normativo, violenta las prescripciones de las convenciones

³⁹ Fallos, 310:1510. (1987)

⁴⁰ Fallos, 311:593 (1988)

internacionales en cuanto obliga a cada Estado Parte a asegurar la independencia y a otorgarle las herramientas necesarias para que puedan hacer un eficaz control de la corrupción. No podemos hablar de un control eficaz de la corrupción si la FIA no tiene facultades judiciales concretas.

En contra de esta postura se ha pronunciado Bianchi⁴¹ al señalar que dicha resolución del PGN “constituye una interpretación de las facultades de la FNIA ajustada al texto de la LOMP”. Es que según dicho autor, bajo la Ley 21.383, la FIA podía, en cualquier causa denunciada por ella: (a) ejercer en forma directa la acción pública o (b) impartir instrucciones a los fiscales requiriéndoles informes. Por el contrario, la LOMP limita sus funciones a una “intervención necesaria”, y solamente le permite ejercer la acción pública cuando los fiscales competentes tuvieran un criterio contrario a la prosecución de la acción. Por último, señala que si bien los términos “intervención necesaria” tal como dice la Resolución 147 son “discutibles y abiertos a debate”, lo cierto es que tal intervención no puede equipararse a la del fiscal de la causa cuando ejerce la acción pública, ni tampoco puede suponer el desplazamiento de aquél, pues la LOMP no lo autoriza. Se trata de una actividad, tal como establece la Resolución 147, de colaboración y enriquecimiento de la tarea del fiscal, que debe llevarse a cabo en forma coordinada con éste.

2. Brasil

A. Particularidades

En lo relativo a los instrumentos internacionales anticorrupción cabe destacar que en Brasil la CICC fue aprobada por el Congreso Nacional por medio del Decreto legislativo n° 152 del 25 de junio de 2002 y fue promulgada el 7 de octubre de ese año por decreto 4410. También, se aprobó el texto de la CNUCC a través del Decreto legislativo n° 348 del 18 de mayo de 2005 y fue promulgada por decreto 5687 del 31 de enero de 2006. Por

⁴¹ BIANCHI, A. B., “La alegada ‘limitación’ de las facultades de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas”, *La Ley*, Sup. Const. 2009 (mayo), núm. 54, p. 711.

último, debemos recordar que en el año 2000 ya se había aprobado la convención de OCDE sobre el combate a la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, firmada en París en 1997.

Dichos instrumentos internacionales en el sistema jurídico brasileiro tienen jerarquía de ley después de su promulgación, excepto aquellos relativos a derechos humanos que por fuerza de las modificaciones trazadas por la Enmienda Constitucional n° 45/2004 tienen estatus de Enmienda Constitucional (art.5, ap. 3 de la a CF). Desde la doctrina de aquel país se ha señalado que a pesar de toda la ligazón que se hace con los derechos fundamentales, las convenciones contra la corrupción no tratan propiamente de derechos humanos, de tal forma que no parece posible darles estatus de enmienda constitucional.⁴²

Con relación a la medición de la corrupción el último informe de Transparencia Internacional ubica a Brasil en el puesto número sesenta y nueve.

B. Régimen constitucional

Otro aspecto que debe destacarse del sistema brasileiro es que el art. 37 de su Constitución enuncia el principio de moralidad. Es más en § 4° de dicho precepto el texto constitucional señala que “Los actos de improbidad administrativa comportarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, en la forma y graduación prevista en la ley, sin perjuicio de la acción penal procedente.”

A su vez, el art. 15 de la Carta Magna dispone que “Está prohibida la privación de derechos políticos, cuya pérdida o supresión sólo se producirá en los casos de ... V - improbidad administrativa en los términos del artículo 37.”

⁴² GARCIA, M. N., “Tres convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil”, AA.VV., (Coords. L. M. Fonseca Pires, M. Zockun y R. Porto Adri, Coord.) en, *Corrupção, ética e Moralidade administrativa*, Forum, Belo Horizonte, 2008, p.283.

En razón de ese principio, a diferencia de lo que acontece en el sistema argentino, el administrado tiene el derecho subjetivo a controlar las acciones de la administración en este campo. En esa tónica, el art. 5 inc. LXXIII de su Ley Fundamental habilita la promoción de una acción popular. De este modo, cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretenda anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para la moralidad administrativa, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor, salvo mala fe comprobada, exento de las costas judiciales y de los gastos.

Es así, entonces, que la moralidad corresponde tanto a un principio constitucional, como a los fines de resguardar el interés público mediante la acción popular⁴³.

Teniendo en cuenta ese marco dicho aspecto ha sido tratada muy especialmente por la llamada Ley de Improbidad Administrativa (Ley n° 8.429/92) que contiene regulación muy precisa sobre dicha temática. Allí, se prescribe que los actos de improbidad practicados por cualquier agente público contra la administración federal o municipal, empresa incorporada al patrimonio público o entidad en la cual el erario estatal haya concurrido con más del cincuenta por ciento de su patrimonio quedarán comprendidos en los preceptos de dicha ley. Quedan comprendidos, asimismo, los actos de improbidad practicados contra el patrimonio de entidades que reciban subvención, beneficio o incentivo, fiscal o crediticio, de órgano público como aquellas en la cual el erario público haya contribuido o concurra con menos del cincuenta por ciento del patrimonio, limitándose en estos casos, a la sanción patrimonial a la repercusión del ilícito sobre la contribución de los fondos estatales.

⁴³ ZANCANER ZOCKUN, C., “Principio de moralidad- algunas consideraciones”, AA.VV., (Coords. L. M. Fonseca Pires, M. Zockun y R. Porto Adri) en, *Corrupção, ética e Moralidade administrativa*, Forum, Belo Horizonte, 2008, p.38.

Entre otras particularidades de esa legislación es importante destacar que el art. 8 dispone que el sucesor de aquel que provocó la lesión al patrimonio público o se enriqueció ilícitamente está sujeto a las conminaciones de dicha legislación hasta el límite del valor de la herencia.

Posteriormente, se precisan algunas de las conductas que se consideran actos de improbidad administrativa. A modo de ejemplo, podemos traer a colación el art. 9º cuando considera como tal al otorgamiento de cualquier ventaja patrimonial indebida en razón del ejercicio de cargo, mandato, función, empleo u otra actividad de las mencionadas en el art. 1. Por su parte, el art. 10 incluye en la improbidad administrativa a la lesión al erario público mediante cualquier acción u omisión, dolosa o culposa, que implique pérdida patrimonial, desvío, apropiación, desbaratamiento o dilapidación de los bienes o de las entidades incluidas en el art. 1.

Entre las diversas sanciones previstas en este régimen pueden señalarse las siguientes: resarcimiento integral del daño, pérdida de los bienes o valores incorporados ilícitamente al patrimonio, pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos de cinco a ocho años, pago de multa civil hasta dos veces el valor del daño y prohibición de contratar con el poder público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, tanto directa como indirectamente, aun por intermedio de una persona de la que sea socio mayoritario por el plazo de cinco años. A su vez, dependiendo de la gravedad de la conducta estas pueden ser aplicadas conjuntamente y se admite el despacho de medidas cautelares que dispongan la indisponibilidad de los bienes del acusado.

En el marco de esta legislación se aplicará una sanción por el órgano judicial mediante una acción de improbidad administrativa. Resulta dificultoso establecer la naturaleza de tales sanciones pero lo real y concreto es que la penas previstas en este régimen pueden convivir con una sanción disciplinaria o criminal.

C. Organismos de control

a. Contraloría General de la Unión⁴⁴

Dicho organismo fue creado en el año 2003 mediante la ley 10683 y tiene a su cargo la defensa del patrimonio público, la fiscalización de la utilización de los recursos públicos federales, la implementación de políticas de prevención de la corrupción y de la promisión de la transparencia.⁴⁵ A su vez, debe asistir al Presidente de la República en los asuntos que, en el ámbito del Poder Ejecutivo, sean relativos a la defensa del patrimonio público y al aumento de la transparencia de la gestión por medio de las actividades de control interno, auditoría pública, corrección, prevención y combate a la corrupción y mediación.

Tiene un fuerte carácter preventivo incardinado a detectar fraudes antes de que se produzcan. Su estructura básica se compone de: Oficinas, Comité Jurídico, el Consejo de Transparencia Pública y Lucha contra la Corrupción de Coordinación Control Interno, Secretario Ejecutivo de la Oficina General de Asuntos Internos, el general Defensor del Pueblo de la Unión.

Es deber de la CGU dar curso a debido a las reclamaciones o quejas justificadas que recibe sobre el daño o amenaza de daño a la propiedad pública, garantizando su plena demarcación. (art. 18)

De su organización interna se destaca la Secretaría de Prevención de la Corrupción e Informaciones Estratégicas que tuvo su origen a partir del dictado del Decreto N° 5.683 de 2006, con el objeto de actuar de forma preventiva, no solo detectando casos de corrupción, sino anticipándose a ellos, desarrollando los medios necesarios para prevenirlos.

b. Comisión de Ética Pública

La Comisión de Ética pública tuvo su nacimiento en mayo de 1999 como órgano consultivo que depende directamente de la

⁴⁴ En adelante CGU.

⁴⁵ OSORIO NUNES, A. C., “Corrupcao: o combate a través da prevencao”, AA.VV., (Coords. L. M. Fonseca Pires, M. Zockun y R. Porto Adri), en, *Corrupcao, ética e Moralidade administrativa*, Forum, Belo Horizonte, 2008, p.27.

Presidencia de la República, responsable de la administración del Código de Ética de la Administración Pública Federal. Está integrada por siete miembros con reconocida reputación, idoneidad moral, y notoria experiencia en la administración pública. Es la máxima autoridad del Poder ejecutivo quien los escoge y duran en sus cargos tres años con posibilidades de ser reelegidos por un período consecutivo más.

3. España

A. Particularidades

El país ibérico no ha experimentado los niveles de corrupción que se han visto en los países anteriormente descriptos pues en la última medición de Transparencia Internacional realizada en 2012 se ubica en el puesto n° 30. Ese motivo, entendemos, es la causa por la cual no ha tenido lugar la creación de organismos especializados en materia de corrupción como los que hemos visto en los otros dos países analizados. Sin embargo, debemos señalar que en los últimos tiempos ha comenzado a trascender la existencia de graves casos de corrupción.

En lo que tiene que ver con el plano internacional queremos dejar sentado que España ha firmado pero no ratificado tanto el Convenio Civil como el Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa y que, a su vez, ha firmado y ratificado la Convención de la OCDE, la CICC y la CNUCC.

B. Los organismos de control

a. Fiscalía Anticorrupción

En 1995 mediante la Ley 10 se creó la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción encargada de la persecución de los ilícitos penales de esta naturaleza en los que concurren circunstancias de gran trascendencia social. Cabe destacar que Ley 24 del año 2007, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ha modificado la denominación de esta Fiscalía Especial para adoptar el nombre de *Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada*.

Este organismo integra el Ministerio Público español con el cual comparte diversas características, en especial la amplia base legal de sus actividades, conforme al art. 124 de la Constitución⁴⁶ y al Estatuto del Ministerio Público. A pesar de la modificación conserva su carácter multidisciplinario, lo que lo distingue de otras fiscalías. Se apoya en las unidades especializadas que han sido destacadas por el Fisco (tres inspectores y seis inspectores adjuntos), por la Unidad de Apoyo de la Inspección Administrativa General de la Función Pública (dos inspectores y tres administradores) y por la Guardia Civil o Gendarmería y la Policía Nacional o Policía Judicial (25 oficiales). La combinación de agentes venidos de diferentes ramas de la Administración, bajo la exclusiva autoridad del Procurador General de esta Fiscalía, representa una orientación nueva en relación con los métodos tradicionales de funcionamiento de las instituciones judiciales españolas y ha servido de modelo a otros países europeos.⁴⁷

De este modo, la denominada Fiscalía Anticorrupción desarrolla las funciones que legalmente le vienen atribuidas en una triple dirección: a) Delitos económicos de especial trascendencia y/o complejidad técnico-jurídica. b) Delitos de corrupción pública. c) Delitos de blanqueo de capitales cometidos por grupos criminales organizados nacionales o transnacionales, de especial importancia, salvo aquellos que se refieran mayoritariamente al narcotráfico así como los delitos de terrorismo.

⁴⁶ El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante ellos la satisfacción del interés social. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

⁴⁷ Cfr. "El control de la corrupción en el derecho comparado: Argentina, España, Francia y México", Biblioteca Nacional de Chile, Serie Estudios, AÑO XV, núm. 316, 2005

b. La Intervención General de la Administración del Estado

Se trata de un órgano dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda que ejerce el control interno de la actividad económico-financiera del sector público estatal. Las actividades de control interno que lleva adelante se dividen en tres grandes modalidades: la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. La misión de esta institución es comprobar, con carácter previo o posterior, la legalidad y eficiencia de las operaciones económicas del sector público estatal, por lo que las prácticas corruptas, en cuanto que actos ilegales que habitualmente causan un perjuicio patrimonial a la Administración, pueden ser detectadas en los trabajos de control de este órgano administrativo especializado.⁴⁸

c. Tribunal de Cuentas

Se halla previsto en los arts. 136 y 153 d) de la Constitución y tiene a su cargo el control económico-financiero de todo el sector público mediante el ejercicio de las siguientes funciones: la fiscalización de la actividad financiera pública y el enjuiciamiento de las responsabilidades contables. Tales atribuciones lo colocan en una situación estratégica para detectar hipótesis de corrupción pública pues, en la medida que muchos de estos supuestos suponen un perjuicio a los intereses financieros públicos, podrían ser detectados directamente por sus unidades de control en el ejercicio de la función fiscalizadora o ser objeto de enjuiciamiento contable cuando se deba resarcir económicamente al erario público.

La Ley Fundamental en su art. 136 prevé expresamente la obligación de que el Tribunal de Cuentas remita anualmente una Memoria o Informe anual “en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido”.

⁴⁸ Para ampliar puede verse: FERNANDEZ AJENJO, J. A., *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración por el Estado*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009.

d. Oficina de Conflictos de intereses

Con el dictado de la Ley 5/2006, se han regulado los supuestos de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Se trata de una unidad que pertenece a la esfera de acción del Ministerio de Administraciones Públicas que actuará con autonomía funcional para la gestión del régimen de incompatibilidades de los altos cargos.

Tiene a su cargo, el asesoramiento informativo que lo ejerce a través de la registración de las actividades, bienes y derechos patrimoniales de los actos cargos y la comunicación que debe hacer cada seis meses Congreso de los Diputados del grado de cumplimiento y las infracciones relacionadas con esta materia por parte de los altos cargos. A su vez, le corresponde la inspección en la tramitación de los expedientes sancionadores por la infracción de la normativa en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

BIANCHI, A. B., “La alegada ‘limitación’ de las facultades de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas”, *La Ley*, Sup. Const., núm. 54, 2009, mayo.

BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T. VI, Buenos Aires, Ediar, 1995.

BUTELER, A., “Corrupción y derecho administrativo”, *A & C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 48.

CANDA, F. O., “El régimen disciplinario de los empleados público (bases constituciones y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, *EDA*, 2003.

CANDA, F. O., “La Fiscalía de Investigaciones Administrativas” en, AA.VV. *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, RAP, 2009.

CANDA, F. O., “La Fiscalía de Investigaciones Administrativas”, *ED*, núm. 180, 199, esp.

FERNANDEZ AJENJO, J. A., *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración por el Estado*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009.

GARCIA, M. N., “Tres convencoes internacionais anticorruptao e seu impacto no Brasil”, AA.VV., (Coords. L. M. Fonseca Pires, M. Zockun y R. Porto Adri, Coord.) en, *Corruptao, ética e Moralidade administrativa*, Forum, Belo Horizonte, 2008.

GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades*, Barcelona, Gedisa, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La Ética Pública”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 283.

GORDILLO, A., *Tratado de Derecho administrativo. T. 1*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª ed.

MALEM SEÑA, J., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.

MANFRONI, C. A., *La convención interamericana contra la corrupción, anotada y comentada*, 2ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

MASSONI, J., “La Oficina Nacional de Anticorrupción”, en AA.VV. *Control de la Administración Pública, Administrativo, Legislativo y Judicial, Jornadas Organizadas por Universidad Austral, Facultad de Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, RAP, 2009.

ORGAZ, J., “El procedimiento de control de las irregularidades administrativas”, AA.VV., (Ignacio Velez Funes, Dir.) en, *Derecho procesal administrativo, T. II*, Córdoba, Alveroni, 2003.

OSORIO NUNES, A. C., “Corruptao: o combate a través da prevencao”, AA.VV., (Coords. L. M. Fonseca Pires, M. Zockun y R. Porto Adri), en, *Corruptao, ética e Moralidade administrativa*, Forum, Belo Horizonte, 2008.

OSORIO NUNES, A. C., “Corruptao: o combate a través da prevencao”, en AA.VV., (Coords. L. M. Fonseca Pires, M. Zockun y R.

Porto Adri) em, *Corrupção, ética e Moralidade administrativa*, Forum, Belo Horizonte, 2008.

PÉREZ HUALDE, A., “Instrumentos para un régimen jurídico de combate a la corrupción”, *La Ley*, 20/6/2011

RAIGORODSKY, N. R., *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2ª ed. act., Buenos Aires, Oficina Anticorrupción.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Ética, política y urbanismo”, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, núm. 333.

SAID, J. L., “La corrupción como causa de nulidad del acto administrativo y el reglamento”, en AA.VV., *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2009.

ZANCANER ZOCKUN, C., “Principio de moralidad- algunas consideraciones”, AA.VV., (Coords. L. M. Fonseca Pires, M. Zockun y R. Porto Adri) en, *Corrupção, ética e Moralidade administrativa*, Forum, Belo Horizonte, 2008.

A CORRUPÇÃO COMO UM FATOR REDUTOR DOS RECURSOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS¹

Denise Bittencourt Friedrich

Doutoranda do PPGD

Universidade de Santa Cruz do Sul

Ianaíê Simonelli da Silva

Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas

Universidade de Santa Cruz do Sul

I. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país em desenvolvimento e com sérios problemas de recursos para financiar políticas públicas para implementar o extenso rol de direitos fundamentais (sejam individuais ou sociais) contemplados na Constituição Federal de 1988. Ocorre que a escassez de recursos pode ser atribuída (ainda que não exclusivamente) a patologias corruptivas pela qual o país vem atravessando. São exemplos as licitações superfaturadas ou editais dirigidos, o pagamento para aprovação de projetos (prática que ficou conhecida como mensalão), fraude em concursos públicos, e por aí a fora.

Não raro o Poder Executivo justifica a não realização de um direito fundamental alegando a escassez de verbas, invoca a teoria da reserva do possível, mas não apresenta provas desta alegação, tampouco, apresenta (como é de se esperar) dados de quanto da receita pública é desviada em práticas corruptivas. Por isso, pretende-se investigar como a reserva do possível está fora do espaço/margem de ação epistêmica empírica (dúvidas que

¹ Artigo desenvolvido a partir das leituras e discussões feitas na disciplina de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, ministrada pela Prof.^a Pós- Dra. Mônia Clarissa Henning Leal, no PPGD – Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

derivam de fatos relevantes, por isso empíricos), pois enquanto tal seria um espaço de liberdade do executivo pois repousa dúvida sobre a existência de recursos para, por exemplo, tratamentos de saúde caríssimos. Porém, em um país com índices de corrupção altos como o Brasil, está margem de ação epistêmica é reduzida, e por isso o judiciário tem o seu campo de intervenção expandido, não sendo aceitável simples a justificativa da escassez de recursos, sem que apresente prova do investimento adequado dos recursos públicos.

A Constituição brasileira, enquanto uma constituição dirigente, tem no seu corpo regras, princípios e diretrizes políticas que norteiam a atividade dos poderes, consubstanciando com isso, os valores que a sociedade brasileira entendeu dignos de proteção constitucional, e por isso valores que devem ser cumpridos pelos poderes instituídos. Ou seja, a Constituição enquanto carta dirigente, estabelece os valores que devem ser perseguidos pelos poderes.

Com isto não se quer defender que o dirigismo constitucional deve determinar de forma detalhada e minuciosa as políticas públicas, mas se quer sim afirmar, que quando a constituição elege um valor, e os direitos fundamentais são valores eleitos democraticamente pela sociedade e positivada pelo constituinte, aceitar justificativas de falta de recursos iria contra tais valores, tendo em vista que a escassez de recurso é fruto da mal gerência dos gestores públicos e o desperdício de dinheiro público em práticas atentatória ao republicanismo (pois poucos se apropriam de bens, vantagens e verbas públicas) deixando o Estado desprovido de meios para dar efetividade aos direitos fundamentais.

II. BREVE CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Em sentido estrito política pública pode ser visto como uma ação organizada com base em um programa, regrada por um conjunto de diretrizes e que se desdobra em um plano de ação e projetos. Mas um conceito de política pública em sentido amplo pode ser tanto uma ação de Governo como também uma inação,

assim mesmo quando o Governo opta em não agir se está diante de um política pública o que faz nascer a possibilidade do controle jurisdicional.²

Maria Assunção Rodrigues, após fazer uma breve apresentação do significado de política para Aristóteles, diz que na era moderna a política veste a roupagem de ciência do Estado, ou “ciência política”, logo, são atividades que fazem referência ao Estado, e daí a estreita relação entre política e poder. A política também se apresenta como uma forma pacífica de resolver conflitos. Ou seja, ao invés de usar a força, as sociedades optaram pelo uso da ação política para conciliar interesses divergentes em sociedades complexas. Com base nestas colocações iniciais a autora afirma que “políticas públicas requerem varias ações estratégicas destinadas a implementar os objetivos desejados e, por isso, envolvem mais de uma decisão política” e na relação entre política pública e poder diz que “as políticas públicas constituem-se de decisões e ações que estão revestidas de autoridade soberana do poder político”³.

Maria Paula Dallari Bucci ao tratar do conceito de política pública em direito faz uma análise da temática das políticas públicas como objeto de interesse para o direito. Assim, ao se ocupar do estudo das políticas públicas, o direito movimenta-se em direção a uma abertura para a interdisciplinaridade. Conceitua política pública como um programa ou quadro de *ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é,

² RODRIGUES, M. M. A. *Políticas públicas*, Publifolha, São Paulo, 2010. p. 43. A autora justifica esta posição com o pensamento de Bachrach e Baratz, Thomas Dye que definem política publica como aquilo que o governo escolhe fazer ou não fazer, do que resulta, respectivamente, o caráter positivo e negativo da políticapública.

³ RODRIGUES, *Políticas* ... op. cit., p.14. A autora entende como poder a capacidade de influenciar outrem, mas adverte que há varias formas de um homem influenciar outro homens, e o poder político é apenas uma forma.

movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou , na ótica dos juristas, concretizar um direito.⁴

Em seguida a autora afirma concordar com Eros Graus para quem “as políticas públicas são, de certo modo, microplanos ou planos pontuais, que visam a racionalização técnica da ação do Poder Público para a realização de objetivos determinados, com a obtenção de certos resultados”⁵.

Da relação entre política pública e direito, destaca-se que, embora a discussão sobre políticas publique coincida e se fundamenta no momento histórico do nascimento dos direitos sociais (de 2ª dimensão), não se pode aceitar que só em relação a eles são criadas políticas públicas. A “necessidade de compreensão das Políticas Públicas como categoria jurídica se apresentam à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”⁶, mas não exclusivamente em relação a eles, também os direitos fundamentais individuais de primeira dimensão necessitam, muito mais que mera limitação legal dirigidas ao Estado.

Mas os direitos sociais, necessitam de uma concretização por meio de políticas públicas que demandam um aparato de “medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana”⁷. Na verdade, o que as políticas públicas em direitos sociais almejam é sanar as

⁴ BUCCI, M^a P. D., “O conceito de política pública em direito”. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Saraiva, São Paulo, 2006, p. 14.

⁵ Ibidem p. 27.

⁶ Ibidem p. 3.

⁷ PARSONS, W., *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, Flacso, México, 2007.

consequências das desigualdades que o sistema capitalista causa, atenuando o rigor de uma igualdade meramente formal, trazendo-a para o campo material, e por isso necessitam mais ações concretas do Estado.⁸

Mas basta ser eleito como problema e ocupar a agenda política para poder-se falar em política pública? Não, pois a política pública requer outras etapas, como, por exemplo, a implementação e a avaliação. Por isso imprescindível analisar o que a doutrina especializada pode contribuir na análise das fases das políticas públicas, já antecipando que todas elas devem ser submetidas ao método deliberativo que adiante será analisado.

Parsons⁹ entende por ciclo de uma política pública as suas fases de vida. Resumidamente são: a existência de um (i) problema; que ele seja (ii) definido como problema que deve ser objeto de discussão política; após, busca-se a (iii) identificação de respostas/soluções alternativas para o problema definido como tal; (iv) avalia-se as opções, das quais (v) seleciona(m)-se a(s) opção(ões) de políticas públicas que entender atacar melhor o problema e, por fim, esta opção(ões) serão (vi) implementadas implementação, ao final avaliadas¹⁰. Importante que o autor destaca não serem necessariamente lineares e bem definidas as fases.

⁸Uma contribuição importante refere-se a análise de políticas públicas a partir do enfoque argumentativo. Este enfoque concentra-se no modo como a linguagem define a forma em que o mundo adquire sentido para as pessoas, uma vez que o mundo não tem um valor em si mesmo. O discurso das políticas públicas demarca os argumentos que definem os marcos dentro dos quais se constroem os problemas e as agendas. O problema é que a linguagem empregada não é neutra, assim a formulação das políticas se converte na capacidade de definir a natureza dos significados compartilhados. Ibidem.

⁹ PARSONS *Políticas públicas* ... op. cit.

¹⁰ Ibidem. p. 111. Independente das críticas que são dirigidas ao enfoque por etapas das políticas públicas, e mesmo sabendo e estando convencido destas limitações, para fins didáticos é conveniente utilizá-lo.

Rodrigues¹¹ denomina as fases da política pública da seguinte forma: (i) preparação da decisão; (ii) *agenda setting*; (iii) formulação; (iv) implementação; (v) monitoramento e (vi) avaliação. Na primeira etapa o Governo decide buscar a solução de um determinado problema; nesta fase as seguintes perguntas são elaboradas: o problema existe? O Governo deve se envolver neste problema? De que maneira? Há recursos para resolver este problema?¹²

A segunda fase é o momento que o problema se torna uma questão política, e transforma-se em problema público. Na fase da formulação discute-se quais ações são aceitas para resolver o problema que entrou na agenda política, e assim desenvolve-se um programa de ação definido objetivos, marcos jurídicos, administrativos e financeiros para a ação estatal.

A implementação é a fase pela qual a máquina burocrática do Governo recebe a formulação da ação e faz uma análise da viabilidade administrativa e econômica para a concretização da política pública. É a fase preliminar a que coloca em prática a política. Importante contribuição de Parsons¹³ ao afirmar que esta fase não se resume na mera execução por servidores neutros que apenas se limitam a agirem burocraticamente, por isso entende que a implementação é a continuidade da formulação. Em face disto, é uma fase de suma importância, pois dela depende o sucesso ou fracasso da política pública.

Rodrigues¹⁴ defende que o monitoramento é uma fase permanente, pela qual se pode avaliar alterações no projeto inicial.

A fase da avaliação se ocupa dos resultados da política pública, para verificar se os meios utilizados foram adequados aos

¹¹ RODRIGUEZS, *Políticas* ... op. cit.

¹² PARSONS, *Políticas públicas* ... op. cit.

¹³ Ibidem.

¹⁴ RODRIGUEZS, *Políticas* ... op. cit.

resultados obtidos. A avaliação sob um enfoque discursivo é tida como um processo de construção de sentido, por meio do qual a realidade é construída. O que a lógica deliberativa pretende é que a avaliação seja um processo aberto e democrático, no qual a comunidade que foi atingida pela implementação seja ouvida, e ela própria atribua um conceito para a política. Nesta fase poderia-se avaliar qualitativamente o resultado da política pública, e na proposta deste trabalho, se os recursos foram bem aplicados, se se alcançou os objetivos inicialmente traçados.

Ao tratar do conceito de política pública, Bitencourt destaca pontos essenciais “o conceito de política pública não pode desconsiderar a Constituição como ponto de partida de sua própria observação; não pode deixá-lo ser extraído da práxis política”¹⁵. Assim, mantém-se a Constituição como norma dirigente da atividade política, da qual os poderes não pode se afastar, além disto, não se atribui uma margem de liberdade exagerada aos poderes políticos, tendo em vista que sua atuação está pré-ordenada pela carta política.

Porém, como acima foi referido, a Constituição não detalha a forma como o Estado concretizará os valores nela consagrados, dando certa margem de liberdade ao poderes legislativos e executivos para atuarem. Além disto, os bens e interesses sociais são dinâmicos e mutantes no tempo e no espaço, o que justifica que o conceito e o conteúdo de política pública seja construído “discursivamente pelos atores sociais, isso porque a Constituição não estabelece exaustivamente um rol de ação governamental, e nem o poderia fazer”¹⁶ exatamente porque engessaria a atuação política e a própria Constituição.

Feitas estas considerações, passa-se agora a análise da teoria desenvolvida por Alexy que poderá contribuir para o problema

¹⁵ BITENCOURT, C. M., *Controle de políticas públicas*, Núria Fabris, Porto Alegre, 2013, p.46/47.

¹⁶ Ibidem p.48.

do controle de políticas públicas pelo judiciário e o limite para esta atuação, sem que isto reflita a quebra do Princípio Democrático e o Princípio da Separação dos Poderes. Na verdade pretende-se apresentar uma teoria que se ocupa da distinção de espaços de atuação nos quais o executivo e o legislativo estariam diante de uma margem de liberdade para fazer suas escolhas sem a interferência do poder judiciário. É o que segue.

III. ESPAÇOS DE ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO E DO EXECUTIVO: MARGEM DE AÇÃO ESTRUTURAL E MARGEM DE AÇÃO EPISTÊMICA

As constituições modernas, como é o caso brasileiro, fixam condições para decisões políticas visando reduzir as possibilidades de práticas corruptivas, porém não é possível normatizar antecipadamente o insumo para o processo decisório. Da falta de precisão do texto constitucional, decorre que o judiciário muitas vezes é chamado para solucionar problemas, e, ao aplicar a constituição, os tribunais podem praticar eles mesmo a política. Mas no atual modelo constitucional esta tensão entre política e direito é insuperável.¹⁷

A doutrina tem se empenhado em desenvolver teorias para diminuir a discricionariedade tanto do executivo na implementação de políticas públicas, e do judiciário quando é chamado a decidir em sede de políticas públicas. A opção do presente trabalho é pela teoria alexyana conforme será apresentada a seguir.

Diante da dicotomia entre o conceito de constituição como ordem fundamental e da constituição como ordem-quadro que Alexy¹⁸

¹⁷ GRIMM, D., *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho, Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

¹⁸ ALEXY, R., “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito socia”. In, *Constitucionalismo discursivo*, 3ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.

irá desenvolver uma teoria que prima pela superação da controvérsia, para justificar que os espaços de ação são estruturais e epistêmicos, embora elaborados para a constituição enquanto ordem-quadro, também são compatíveis com o modelo de constituição enquanto ordem fundamental.

Inicialmente cabe apresentar em que consiste cada um dos conceitos acima mencionados. A constituição enquanto ordem-quadro estabelece de forma rigorosa um espaço no qual o legislador pode agir. Isto se dá de três formas: i) ao proibir que o legislador atue em determinada área, como ocorre com os direitos de defesa; ii) ao ordenar uma determinada conduta do legislador, como ocorre com os direitos de proteção ou iii) ao silenciar, ou seja, não proibir nem ordenar, caso em que o legislador está liberado das amarras do texto constitucional, podendo livremente escolher uma conduta. Neste contexto, “o proibido pode designar-se jurídico-constitucionalmente como impossível, o ordenado jurídico-constitucionalmente como necessário, e o liberado como jurídico-constitucionalmente possível”¹⁹. Em outras palavras: o proibido refere-se aquilo que o legislador não pode agir, como por exemplo, na Constituição Federal o disposto no artigo 5^a incisos XXXV, XXXVI, XL, XLVII, entre outros. Especificamente em referidos casos, o legislador não poderá agir. Analisando o disposto no inciso XLVII, que proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis, em tais casos é impossível o legislador regular a pena de morte ou perpétua.

No que diz respeito ao que o constituinte ordena, não cabe juízo de discricionariedade do legislador, ele tem que agir, pois a Constituição lhe impõe uma conduta necessária, obrigatória. Pode ser citado como exemplo o artigo 212 da carta constitucional brasileira de 1988 que ordena à União que aplique anualmente, nunca menos de dezoito, e aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de

¹⁹ ALEXY, “Colisão ... *op. cit.*, p. 77.

transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Neste caso, o legislador deve seguir o ditame constitucional.

Quanto ao que é liberado pelo constituinte, aí sim se está diante de uma margem de discricionariedade, pela qual o legislador irá escolher e ponderar sua ação.

Segundo Queiroz, de acordo com este quadro, algumas coisas são confiadas à discricionariedade do legislador e outras não, por isso o próprio Alexy afirma que a constituição como ordem-quadro não confia tudo à discricionariedade do legislador.

O que está dentro ou fora do quadro? A resposta dada por Alexy é a seguinte: “O liberado ou possível reside no quadro, o proibido ou impossível forma, juntamente com o ordenado ou necessário, o quadro”²⁰. Dizendo com outras palavras: “o quadro corresponde ao que está ordenado e ao que está proibido. O que se confia à discricionariedade do legislador é o que não está ordenado nem proibido, isto é, aquilo que se encontra autorizado no interior do quadro”²¹. Aqui que entra o que Queiroz denomina de terceira via desenvolvida pelo autor, na qual ele desenvolverá a distinção entre margem de ação estrutural e margem de ação epistêmica.

Margem de ação estrutural²² reside no espaço deixado à discricionariedade do legislador, ou seja, é o espaço definido pela ausência de proibições e mandamentos definitivos. Segundo Alexy “o que a constituição nem ordena nem proíbe, ela libera”²³, estes espaços nascem dos limites do que a constituição ordena e proíbe. Estes espaços começam onde acaba a normatividade

²⁰ Ibidem. p. 77.

²¹ QUEIROZ, C., *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, Coimbra, Coimbra, 2006. p. 12.

²² Ver ALEXY, “Colisão ...*op. cit.*”, p. 80 onde o autor classifica o espaço estrutural em três espécies: i) espaço de determinação da finalidade; ii) espaço de escolha médio e, iii) espaço de ponderação.

²³ Ibidem. p. 79.

constitucional. De acordo com esta idéia que Queiroz²⁴ afirma existir uma margem de ação material, que nasce das normas constitucionais.²⁵

Os espaços de ação epistêmicos, por sua vez, representam a dificuldade de reconhecer o que a constituição ordena e proíbe ou libera. Afirma Alexy que os espaços epistêmicos nascem “dos limites da capacidade de reconhecer dos limites da constituição”²⁶. A margem de ação epistêmica deriva de limites que o interprete terá ao analisar o texto constitucional para extrair dele proibições, ordens ou liberdade para o legislador agir de forma discricionária. Os princípios desempenham papel decisivo no estudo do espaço epistêmico, pois sem eles não há como solucionar os problemas deste espaço, pois tais problemas surgem quando é incerto afirmar o que a constituição proíbe, impõe ou libera. A incerteza pode ter duas fontes: i) espaços de conhecimento empírico ou de ii) espaços de conhecimento normativo.

No espaço de conhecimento empírico coloca-se o problema da divergência entre o que realmente é ordenado, proibido ou liberado e o que é comprovado como sendo ordenado, proibido ou liberado. Referente aos direitos fundamentais, como devem ser realizados na maior medida possível, Alexy critica a posição segundo a qual havendo incertezas sobre ser ordenado, proibido ou liberado, deve o Tribunal constitucional escolher pela opção que melhor atenda ao princípio da máxima efetivação dos direitos fundamentais. Esta postura, levaria a quase incapacidade de atuação do legislador, e isto seria uma seria quebra do princípio democrático. Apresenta o *principio formal* segundo o qual o legislador tem a competência de tomar decisões outorgada pelo princípio democrático. Decorre do princípio democrático a premissa de que as decisões importantes para a comunidade sejam

²⁴ QUEIROZ, *O princípio ...* op. cit., p. 12.

²⁵ Os espaços epistêmicos comportam três subdivisões: margem para a fixação dos fins, margem para a eleição dos meios, margem para a ponderação.

²⁶ Op cit. p. 79.

tomadas pelo legislador, democraticamente eleito para representá-la.²⁷

Quando este princípio formal colide com um direito fundamental, surgem duas possibilidades: i) ou se atribui primazia absoluto do direito fundamental em relação ao princípio formal, caso em que o princípio democrático seria aniquilado e,, por conseguinte o legislador não teria liberdade alguma de atuação o que não pode ser aceito diante das atribuições que a própria constituição outorga ao legislativo; ou ii) dar primazia absoluta ao princípio formal de competência do legislador em relação ao direito fundamental com o qual colide. Aceitar esta solução levaria a outro extremo que seria permitir que o legislador pudesse intervir de forma extraordinária no direito fundamental, ficando este sem proteção alguma. Fato que também vai contra as constituições modernas que trazem um rol de direitos fundamentais que são dignos de proteção e efetividade.

As duas soluções mostram-se incompatíveis com o sistema constitucional instaurado após a Segunda Guerra Mundial. Buscando uma solução intermediária, Alexy desenvolve a segunda lei epistêmica de ponderação segundo a qual quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que sustentam referida intervenção. Por isso acredita o autor que “quanto mais grave pesa uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção”.²⁸

Adaptando esta sentença para o problema do controle jurisdicional de políticas públicas, quando houver um problema de conhecimento empírico, ou seja, não saber com certeza se a constituição proíbe, ordena ou libera o legislador, deve o judiciário fazer um trabalho investigativo cuidadoso das reais necessidades da intervenção, e quanto maior for a incerteza sobre o espaço de

²⁷ ALEXY, R., *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*. In: Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

²⁸ ALEXY, “Colisão ... op. cit., p. 91.

ação do legislativo, o cuidado e zelo devem ser proporcionalmente aumentado.

As incertezas derivadas do espaço de conhecimento normativo refere-se diretamente ao conteúdo material da constituição, e por isso o controle jurisdicional sofre restrições, pois quanto menos dúvidas existirem acerca do conteúdo material, menor será a atuação do judiciário, reduzindo as possibilidades de controle.

Quanto a constituição como “ordem fundamental”, Alexy diz que o seu conceito pode ser formulado quantitativa e qualitativamente. No primeiro sentido, a constituição nada libera, ou seja, “para tudo tem à disposição ou um mandamento ou uma proibição”²⁹, nada é liberado à discricionariedade do legislador, o que diminui significativamente os problemas de controle das políticas públicas, pois, como o legislador não tem nenhuma liberdade, cabe a corte constitucional controlar ilimitadamente o legislativo. Aqui o legislador deveria somente atuar de acordo com o declarado na constituição, o que prejudicaria o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático. No sentido quantitativo, de fato, há a incompatibilidade do conceito de constituição como ordem quadro e como ordem fundamental.

No segundo sentido, cabe a constituição tratar apenas das questões fundamentais para a comunidade. Neste sentido que a constituição como ordem fundamental é compatível com a constituição ordem-quadro, pois, quando decide apenas o que tem de mais importante para a comunidade, muitas coisas são deixadas em aberto para a política decidir, tal como ocorre na constituição ordenação-quadro.

Feita uma apresentação da teoria que aborda a ideia de ação epistêmica e ação estrutural, deseja-se a seguir traçar alguns apontamentos sobre o tema da reserva do possível³⁰, pois com

²⁹ Ibidem. p. 78.

³⁰ Tal teoria sustenta que as limitações orçamentárias podem limitar a implementação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, por demandarem maiores recursos financeiros para sua implementação.

frequência o executivo usa como argumento para se eximir de suas responsabilidades a justificativa que não dispõe de recursos financeiros para prestar determinado serviço, por isso entendeu-se por bem fazer algumas ponderações a respeito da matéria.

A Constituição Federal brasileira apresenta um amplo e extenso rol de direitos fundamentais, os quais representam valores de sociais eleitos pela sociedade em determinado momento, não podem ser descumpridos com base em justificativas de ordem econômica, sem que o Poder Executivo faça uma demonstração da qualidade e quantidade de recursos aplicados na concretização de direitos fundamentais, pois a escassez de dinheiro pode ser ocasionada por fatos alheios ao Estado Democrático de Direito, como é o caso da corrupção que aqui será analisado. Limitar a efetividade dos direitos fundamentais a disponibilidade de recursos representa um perigo pelo fato de que tais direitos assumem, no modelo de estado contemporâneo, um instrumento de defesa contra os abusos e injustiças que a democracia (Princípio democrático) pode cometer.

Na mesma linha, Novais³¹ afirma que os direitos fundamentais agem como “trunfos contra a maioria”. Segundo o autor são as cortes constitucionais responsáveis pela tutela dos interesses contra majoritários no Estado de Direito, como forma de controlar os abusos das decisões democráticas. Afirma que “ter um direito fundamental é ter um trunfo contra o Estado, contra o governo democraticamente legitimado” como num jogo. Revela assim a tensão entre Estado de Direito (que recepciona os direitos fundamentais) e democracia (que está assentada na vontade da maioria). Diante desta tensão, a constituição e a jurisdição constitucional acabam atuando como uma “objecção

Como se pode perceber, por meio desta teoria a obrigatoriedade de cumprir os direitos fundamentais fica prejudicada, risco que se tem destes direitos caírem na vala comum e ficarem sujeitos a vontade do poder executivo e do legislativo.

³¹ NOVAES, J. R., *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra, 2006, p.17.

contramajoritária” que impõe limites a margem de decisões da maioria política.³²

Canotilho questiona o real significado da reserva do possível e faz um rastreamento sobre as possíveis respostas: i) significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto a dinamização dos direitos sociais consagrados no texto constitucional; ii) significa a “tendência para zero” da eficácia dos direitos fundamentais sociais; iii) significa gradualidade com dimensão lógica e necessária de concretização dos direitos sociais; iv) significa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas.³³

Canotilho defende que a gradualidade e as exigências orçamentárias autorizam a um controle de razoabilidade fundado no princípio da igualdade, pois o acesso aos direitos fundamentais sociais não serão “na maior parte das vezes, propriamente direitos ou pretensões a prestações legislativas iguais mas sim direitos ou pretensões a prestações de defesa fundamentados na violação do princípio da igualdade”³⁴.

Não despreza ele que as questões de ordem econômica devem sim ser ponderadas, porém “a reserva dos cofres do Estado coloca problemas de financiamento mas não implica o ‘grau zero’ de vinculabilidade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais sociais”³⁵, ainda que não são apenas os direitos sociais que demandam custos, outros direitos como o de acesso aos tribunais são autoaplicáveis e dependem de altíssimos investimentos dos cofres públicos.

Ao problematizar a dependência legal dos direitos sociais, tendo em vista a “reserva dos cofres públicos”, Canotilho critica o ponto de vista segundo o qual “o caráter dirigente da constituição social

³² Ibidem. p.19.

³³ CANOTILHO, J. J. G., “Metodologia ‘fuzzy’ e camaleões normativos”. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 108.

³⁴ Ibidem. 110.

³⁵ Ibidem. p. 109.

não significa a otimização directa e já dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização destes direitos. Graduabilidade não significa, porém, reversibilidade social”³⁶. Nesta linha critica o fato de a Constituição ser vista como uma “carta de direitos sociais”, que atuam como uma conjunto de preceitos sem determinabilidade aplicativa, impositivas de políticas públicas.

Canotilho pretende adaptar o alto custo dos direitos a uma boa gerência estatal dos recursos públicos, o que enseja: a) provisão financeira suficiente, e isto impõe uma melhor gestão fiscal; b) pensar as despesas públicas visando financiar serviços sociais; b) orçamento público equilibrado; d) taxa de crescimento do rendimento nacional médio ou elevado³⁷

Assim, a realização dos direitos fundamentais individuais ou sociais, não pode ficar atrelada unicamente a existência de recursos públicos para implementá-los, embora devem ser submetidos a um juízo de razoabilidade para evitar exageros e medidas que onerem em demasia o Estado, prejudicando a implementação das demais políticas públicas de direitos fundamentais. Por isso, utilizando a teoria alexyana dos espaços de ação, acredita-se que a questões orçamentárias e o alto custos dos direitos fundamentais que demandam políticas públicas adequadas deve ser apreciada com muito cuidado pelo judiciário, pois as dúvidas que recaem sobre estas questões estão num espaço de ação epistêmico empírico, o que autorizaria o executivo a agir com liberdade de escolha.

Porém acredita-se que num país onde a corrupção já se tornou um fato comum em todas as esferas e instâncias do poder, pode a escassez de verba justificar a falta de implementação de direitos

³⁶ CANOTILHO, J. J. G., “O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)”, (Org.J.J.G. Canotilho et al.) em, *Direitos Fundamentais sociais*, Saraiva, São Paulo, 2010.

³⁷ Ibidem. p. 19-20.

fundamentais? A reserva do possível, diante do uso indevido do dinheiro público, está mesmo num espaço de ação epistêmico? Estas questões serão analisadas a seguir.

IV. A REDUÇÃO DO ESPAÇO DE ATUAÇÃO DOS PODERES DEMOCRÁTICOS DEVIDO A PRÁTICAS CORRUPÇÃO

A corrupção pode causar sérios problemas à democracia. Em democracias, em que o representantes são eleitos para representar os cidadãos, não se tolera práticas que vão contra os representados.

Marcos Fernandes Gonçalves da Silva estudou cientificamente a corrupção, visando derrubar alguns mitos que existem em torno do fenômeno. Deste estudo será utilizado o conceito que o autor deu à corrupção. Diante de vários conceitos sobre o tema, o denominador comum que existe é que a corrupção “envolve a interação entre dois indivíduos que corrompem ou são corrompidos, e essa relação implica uma transferência de renda que se dá fora das regras do jogo econômico *strictu sensu*”³⁸. Como fatores políticos que influenciam o aparecimento de corrupção o autor destaca o centralismo estatal, a inexistência de informações uniformes e o alto custo das transações envolvendo o poder público.

A burocracia aparece como fator facilitador de práticas corruptivas. Nos moldes imaginado por Weber, a burocracia garantiria a imparcialidade dos agentes públicos, a eficiência no desempenho das funções públicas e a separação entre fins públicos e fins privados. Mas este modelo tem um problema implícito ao partir da distinção entre racionalidade pública e privada “desconsiderando o papel da estrutura de motivação gerada dentro de um conjunto de regras e valores”, e neste sentido o Silva afirmar que uma das falhas do modelo burocrático é desconsiderar que o agente público é também um homem com

³⁸ CANOTILHO, “O direito constitucional... op. cit., p. 23.

interesses econômicos que busca sempre renda. Ou seja, tanto o agente público como o privado agem de acordo com princípios privados.³⁹

Agindo de acordo com princípios privados, o burocrata libera apenas as informações que o beneficiam. Igualmente empenham-se em implementar ações de governo que favoreça seus interesses particulares. Por isso o burocrata é “um agente guiado por motivações privadas e individuais, com racionalidade limitada e comportamento de autopreservação”⁴⁰.

Outra suposição que reside detrás das definições de corrupção está na idéia de separação entre *res* pública e *res* privada, separação criticada por Silva, pois para ele, nas democracias não existe coisa pública, ocorre sim a apropriação legalmente autorizada de parte da “renda nacional para produzir bens públicos e essa renda é administrada pelos burocratas e políticos”. Por isso a definição de “res pública somente pode ser feita do ponto de vista estritamente normativo, o qual parte do princípio segundo o qual os agentes públicos devem zelar por um estoque de recursos que é retirado da sociedade para a realização de atividades públicas”⁴¹.

Também faz parte do conceito de corrupção a ideia de legalidade/ilegalidade, o que é condicionado pela história e pelo conjunto de valores de uma sociedade, por isso cada cultura tem uma visão distinta do que é legal e ilegal. Para fugir desta relativização do conceito de legal e ilegal, Silva escolhe como conceito nuclear de corrupção o uso da função pública pelo burocrata ou político para a obtenção de ganhos privados, diminuindo a relativização do conceito de corrupção.

Para limitar o interesse privado, devem existir regras para disciplinar o comportamento dos agentes, por isso sustenta o autor que “a despeito da ação auto-interessada e caçadora-de-

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ibidem. p. 26.

⁴¹ Ibidem.

renda dos agentes públicos, suponho que suas ações devem estar delimitadas por um marco institucional que defina normativamente o que é privado e o que é público e o que é o mal uso da coisa pública.”⁴²

Cabe aos poderes democráticos estabelecerem as regras que limitam o poder dos agentes públicos e que procuram aproximar o resultado de suas ações do “bem público” diminuindo assim as possibilidades de desvios e garantindo, do ponto de vista da justiça econômica, uma distribuição de recursos públicos que segue critérios normativos previamente acordados como corretos e legais. Por fim, após fazer estas considerações, Silva apresenta um conceito mais elaborado de corrupção:

A corrupção pública é uma relação social (de caráter pessoal, extramercado e ilegal) que se estabelece entre dois agentes ou dois grupos de agentes (corruptos e corruptores), cujo objetivo é a transferência ilegal de renda, dentro da sociedade ou do fundo público, para a realização de fins estritamente privados. Tal relação envolve a troca de favores entre os grupos de agentes e geralmente a remuneração dos corruptos com o uso da propina e de quaisquer tipos de incentivos, condicionados estes pelas regras do jogo e, portanto, pelo sistema de incentivos que delas emerge.⁴³

⁴² Ibidem.

⁴³ SILVA, M. F. da. *A economia política da corrupção do Brasil*, Editora SENAC. São Paulo, disponível em

http://books.google.com.br/books?id=OYqHZIdla14C&pg=PA2&lpg=PA2&dq=SILVA,+da+Marcos+Fernandes.+A+economia+pol%C3%ADtica+da+corrup%C3%A7%C3%A3o+do+Brasil&source=bl&ots=3aW_m0KPXJ&sig=F9IgvNCHeVneZzAUkguj0JWS9kM&hl=pt-BR&sa=X&ei=IwU-UYr5EjJLuqwGztIHQBw&sqi=2&ved=0CDQQ6AEwAQ>. Acesso em: 22 dez. 2012

Susan Rose-Ackerman⁴⁴ entende que o interesse em si mesmo é um fator motivador humano universal, e a corrupção endêmica sugere um fracasso generalizado em aproveitar estes interesses em prol de objetivo produtivos, especialmente porque a corrupção reduz a efetividade das políticas industriais e muitas vezes impõe às empresas atuarem no setor não oficial, gerando assim um déficit de arrecadação e empregos formais, e, por conseguinte, redução nos recursos para implementar políticas públicas. Percebe-se daí que não é apenas o *quanto* a corrupção “desvia de dinheiro público”, mas vários outros efeitos que, direta ou indiretamente, acabam por repercutir na limitação financeira do Estado em atender as demandas sociais constitucionalmente amparadas.

Feita esta rápida conceituação da corrupção, questiona-se: de que forma isso pode ter repercussão na elaboração de políticas públicas? A resposta a esta indagação é difícil, se não impossível de ser dada, até porque não se tem a disposição dados de quanto o Brasil, por exemplo, desperdiça sua receita em práticas corruptivas.

Mas enquanto a insuficiência de recursos não for invocada de forma técnica, demonstrando onde e de que forma os recursos públicos estão sendo aplicados, os direitos fundamentais não podem simplesmente ficarem prejudicados pelo uso de argumentos não comprovados.

Buscando respostas satisfatórias para o problema da escassez de recursos a ilimitada demanda pela satisfação dos direitos fundamentais, Luciano Timm ⁴⁵propõe que se utilize, para evitar desperdícios, as Ciências econômicas para orientar decisões em

⁴⁴ ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los Gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2001.

⁴⁵ TIMM, L. B., “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais?” (Orgs. I. W. Sarlet; L. B. TIMM) em, *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

favor do bem comum, defendendo uma convergência entre direito e economia. Ou seja, o Estado tem que se apropriar de alguns aspectos das ciências econômicas, como eficiência e eficácia.

Timm acredita que a corrupção pouco contribui para o comprometimento dos recursos públicos. Estima ele que apenas 10% do PIB seja desviado em práticas corruptivas. Descorda-se do autor sobre a insignificância deste índice, pois, quando frequentemente, o executivo uso do argumento da falta de recursos⁴⁶, 10% do PIB⁴⁷ tem um efeito significativo na concretização de direitos fundamentais. Além disto, como já foi dito, não é apenas o valor economico da corrupção que deve ser levado em conta, mas os efeitos indiretos que ela causa, como por exemplo, levando a informalidade e a diminuição dos índices de arrecadação.

O Brasil ocupa o 69º lugar entre todos os países do mundo no Índice de Percepção da Corrupção (IPC) calculado pela Transparência⁴⁸, organização não-governamental, posição que não pode ser desprezada. A corrupção, como acima destacou-se, não implica o simples desperdício de dinheiro público, ela pode também gerar uma falta de neutralidade na escolha dos meios de implementação de uma política pública, levando em conta muito mais os interesses pessoais do agente ou político do que os reais interesses públicos coletivo. Pode ocorrer então, que por conta de um interesse particular, a noção de otimização dos meios para atingir fins mais eficientes seja desconsiderado.

⁴⁶ ADPF 45. ARE 639337 AgR.

⁴⁷ Em 2012 o PIB divulgado foi de R\$ 4,403 trilhões, assim 10% deste valor não é uma quantia desprezível. Disponível < <http://www.ibge.gov.br/home>> Acesso em: 10 jan. /2013.

⁴⁸Disponível < <http://www.transparencia.org.br/>>Acesso em: 07 fev. 2013.

Rose-Ackerman⁴⁹ afirma que a corrupção produz efeitos mais nefastos em países em desenvolvimento, exatamente porque é neles que existe um amplo leque de necessidades e carências de ordem primária, e os recursos público ainda não dão conta sequer destas necessidades essenciais.

Nesta linha de otimização dos investimentos, Tiago Breus afirma que a própria escassez de recursos deve ser objeto de uma maior investigação, e apresenta o problema da alocação de verbas públicas.: existe a necessidade de diferenciar o que não é possível, porque comprovadamente não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam a alocação de recursos, e o que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades.⁵⁰

Ele chama atenção para o fato de a Constituição traçar os fins públicos e valores fundamentais da sociedade, por isso “antes de se falar da inexistência de recursos para o atendimento do Direitos Fundamentais sociais, há que se perquirir se a função orçamentária do Estado se encontra em conformidade com as normas constitucionais”⁵¹. Vai mais além, dizendo que a reserva do possível é um artifício retórico, que se for levado em conta em países em desenvolvimento, onde sequer o mínimo existencial é cumprido, a constituição será apenas uma folha de papel.

Para o autor o controle jurisdicional de políticas públicas só se justifica pela incapacidade do Estado em realizar as políticas públicas de acordo com a constituição. Neste ponto, como já foi referido, acredita-se que a questão orçamentária não pode ser ignorada, o que não pode ser aceito é que pelo simples fatos de os direitos terem um custo, e a gerencia deste custo não ser incumbência do poder judiciário, este Poder ficar afastado de

⁴⁹ ROSE-ACKERMAN, *La corrupción* ... op. cit.

⁵⁰ BREUS, T. de L., *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, Forum, Belo Horizonte, 2007, p. 239.

⁵¹ Ibidem. p. 239.

qualquer apreciação nesta órbita, deixando os direitos fundamentais desprotegidos, como meros programas a mercê da vontade do legislador e do executivo. Se fosse assim, não teria porque a Constituição contemplar um longo e exemplificativo rol de direitos fundamentais.

Já advertiu-se, que Canotilho⁵² entende que não é mais função da constituição buscar de forma minuciosa a solução para todos os problemas políticos neste sentido que deve haver uma margem de ação do legislador, na qual o judiciário não pode intervir. Mas em sede de direitos fundamentais, deve-se buscar um ponto de equilíbrio, pois eles não são imunes a política democrática mas também não podem ser deixados ao arbítrio dela.

A Constituição brasileira, enquanto uma constituição dirigente, tem no seu corpo regras, princípios e diretrizes políticas que norteiam a atividade dos poderes, consubstanciando com isso, os valores que a sociedade brasileira entendeu dignos de proteção constitucional, e por isso valores que devem ser cumpridos pelos poderes instituídos. A Constituição enquanto carta dirigente, estabelece os valores que devem serem perseguidos pelos poderes.⁵³

As práticas corruptivas, por óbvio, desviam dinheiro público, tornando assim mais escasso os recursos para serem investidos em políticas públicas para a implementação dos direitos fundamentais. Por isso, não basta alegar a reserva do possível, tem que demonstrar a adequação da aplicação das verbas públicas no desenvolvimento de uma política pública.

⁵² CANOTILHO, “O direito constitucional ... op. cit.

⁵³ Como exemplo o artigo 3º da Constituição Federal determina como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Este artigo oferece as bases para a transformação da sociedade brasileira, em uma sociedade menos desigual, mais justa e solidária.

V. CONCLUSÃO

A corrupção, enquanto utilização privada de dinheiro público, reflete, direta ou indiretamente, nas contas públicas. Por conseguinte, aumenta o déficit nos cofres públicos. Por conta da limitação orçamentária, é comum que os executivos aleguem a reserva do possível ou a escassez de dinheiro para a implementação dos direitos fundamentais para justificar a carência ou insuficiência de uma política pública em atender determinado direito fundamental.

Por isso, acredita-se que a corrupção implica a redução da margem de ação epistêmica empírica do legislador e do executivo – reserva do possível – por ser uma prática antidemocrática e anti republicana.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R., “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito sociais” In, *Constitucionalismo discursivo*, 3º ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.

BITENCOURT, C. M., Controle de políticas públicas, Núria Fabris, Porto Alegre, 2013.

BUCCI, M^a P. D., “O conceito de política pública em direito” In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Saraiva, São Paulo, 2006.

BREUS, T. de L., *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, Forum, Belo Horizonte, 2007.

CANOTILHO, J. J. G., “O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)”. (Org J. J. G. Canotilho et al.) em, *Direitos Fundamentais sociais*, Saraiva, São Paulo, 2010.

- “Metodologia ‘fuzzy’ e camaleões normativos”. In, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

GRIMM, D., *Constituição e política*, Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

NOVAES, J. R., *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra, 2006.

PARSONS, W., *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, Flacso, México, 2007.

QUEIROZ, C., *O princípio da não-reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, Coimbra, Coimbra, 2006.

RODRIGUEZS, M. M. A. *Políticas públicas*, Publifolha, São Paulo, 2010.

ROSE-ACKERMAN, S., *La corrupción y los Gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, Siglo Veinteuno, Madrid, 2001.

SILVA, M. F. da, *A economia política da corrupção do Brasil*, Editora SENAC, São Paulo, disponível em:

http://books.google.com.br/books?id=OYqHZIdla14C&pg=PA2&lpg=PA2&dq=SILVA,+da+Marcos+Fernandes.+A+economia+pol%C3%ADtica+da+corrup%C3%A7%C3%A3o+do+Brasil&source=bl&ots=3aW_m0KPXJ&sig=F9IgvNCHeVneZzAUkguj0JWS9kM&hl=pt-BR&sa=X&ei=lwU-UYr5EjLuqWgztIHQBw&sqi=2&ved=0CDQQ6AEwAQ. Acesso em : 22 dez. 2012.

TIMM, L. B., “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais?”. (Orgs. I. W. Sarlet; L. B. TIMM). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

CORRUPÇÃO: UM ATENTADO AO BOM GOVERNO, À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E À DEMOCRACIA

Luiz Egon Richter

Professor de Direito Administrativo
Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC.

A corrupção é proporcional à democracia. Os homens são atormentados pelo pecado original dos seus instintos anti-sociais, que permanecem mais ou menos uniformes através dos tempos. A tendência para a corrupção está implantada na natureza humana desde o princípio. Alguns homens têm força suficiente para resistir a essa tendência, outros não a têm. Tem havido corrupção sob todo o sistema de governo. A corrupção sob o sistema democrático não é pior, nos casos individuais, do que a corrupção sob a autocracia. Há meramente mais, pela simples razão de que onde o governo é popular, mais gente tem oportunidade para agir corruptamente à custa do Estado do que nos países onde o governo é autocrático. Nos estados autocraticamente organizados, o espólio do governo é compartilhado entre poucos. Nos estados democráticos há muito mais pretendentes, que só podem ser satisfeitos com uma quantidade muito maior de espólio que seria necessário para satisfazer os poucos aristocratas. A experiência demonstrou que o governo democrático é geralmente muito mais dispendioso do que o governo por poucos.

Aldous Huxley, in 'Sobre a Democracia e Outros Estudos'

Embora não seja um fenômeno recente, porque acompanha a trajetória humana, é inegável que no século XXI a corrupção atingiu um grau de sofisticação e complexidade numa dimensão global. Talvez a liberalização da econômica e da política a partir dos anos 80, especialmente nos países periféricos localizados na América Latina e a Ásia, assim como nos países do Leste-Europeu e na Rússia tenham contribuído para isto.

O certo é que o tema corrupção requer atualmente uma nova abordagem, diferente daquela utilizada entre as décadas de 50 e 70, porque a sua sistematização, com alto grau de sofisticação, oferece perigo real para o bom governo, paraexercício da boa

administração e, sobretudo, porque corrói os valores estruturais da democracia.

Nesta perspectiva pretende-se trabalhar o tema da corrupção como um problema social, ético e jurídico, ainda que possa apresentar transversalmente implicações de ordem econômica, porque ela se caracteriza de um lado, por um desvirtuamento comportamental ético e, por outro, como uma atuação no plano da ilegalidade do agente público provocando malefícios à boa gestão da Administração Pública e corroendo as instituições democráticas, tal qual um vírus nefasto que agride um organismo.

I. DA CORRUPÇÃO, SUAS CARACTERÍSTICAS E OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Todo ato qualificado como corrupção, resultante de uma ação ou omissão contrária à lei e ao Direito, interessa ao Direito porque cabe a esse de um lado regrear e oferecer instrumentos no sentido de impedir e de outro impor sanções a todos àqueles que apresentam conduta que corrompe a legalidade.

Quando o ato comissivo ou omissivo tem consequências no âmbito da sociedade é chamado de fato social e interessa à Sociologia, como ocorre com a corrupção, porque está instalada nas relações sociais. A corrupção no Brasil é orientada por “uma lógica da malandragem que se espalha pelo país como normal e dificulta o estabelecimento de uma cultura cidadã, democrática e especificamente moderna”, como lembra Rogério Baptista Mendes, doutor em sociologia pela Unesp.

No campo ético a corrupção se caracteriza pelo desvio de conduta em relação às normas éticas que orientam a democracia, o bom governo e a boa administração pública em sentido amplo.

Em síntese é possível afirmar que a corrupção é um fenômeno complexo e interdisciplinar porque apresenta elementos que devem ser analisados no âmbito subjetivo, relacional, normativo e socioinstitucional porque atinge os campos da ética, da política, do direito e da sociologia.

Parcela da doutrina distingue a corrupção em dois sentidos.¹O primeiro, de caráter restrito, estaria associado à clássica definição de Bobbio, Matteucci e Pasquino, segundo a qual corrupção constituiria uma forma particular de exercer influência ilícita, ilegal e ilegítima sobre os negócios públicos, para proveito próprio ou alheio, podendo se dar de três diferentes formas: o suborno – uso de retribuição ilícita para a realização ou omissão de ato de ofício; o nepotismo – concessão de emprego ou favor por vínculo familiar ou por amizade, em detrimento do mérito, e o peculato – desvio ou apropriação da coisa pública para proveito ilegal próprio ou de terceiros.

O outro sentido, de caráter amplo ou sistêmico, estaria associado a uma “troca clandestina entre a administração pública e o mercado econômico e social, de modo a formar uma espúria troca de favores, com o uso do poder decisório do cargo público para o favorecimento de setores econômicos ou políticos privilegiados”

Salienta-se que a corrupção, de uma forma geral, apresenta no seu contexto uma relação de poder. A rigor o interesse em corromper alguém ocorre porque o potencial corrompido tem algo valioso em seu poder que interessa ao corruptor, cujo alcance se dá de acordo com os valores éticos e o Direito ou por meio de conduta aética e antijurídica.

A palavra corrupção provém do latim *Corruptio*, o que significa corrompimento, decomposição, devassidão, depravação, suborno, perversão, peita. Todavia, nem sempre a corrupção assume uma conotação negativa, quando se trata, por exemplo, da corrupção de uma língua para o desenvolvimento de outra. É justamente o que ocorreu com quando o latim foi corrompido e surgiram outras línguas, dentre as quais se destaca o português de Portugal que por sua vez foi mais corrompido e resultou na língua portuguesa falada e escrita no Brasil.

¹ RAMOS, A.de C., “O Combate Internacional à Corrupção e a Lei da Improbidade”, J. A. L. Sampaio et al. em, *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

Entretanto, o que interessa neste momento é a corrupção no âmbito político-estatal e, neste sentido, a corrupção na linguagem política contemporânea tem significado negativo porque afeta de forma deletéria as instituições democráticas, o bom governo e a boa administração pública.

Contudo, não se pode esquecer que historicamente a corrupção esteve associada ao conceito de legalidade, porque a corrupção estava associada a ideia de que corrupto era todo aquele que não seguia as leis existentes. Portanto, tinha forte conotação de ilegalidade.

Por outro lado, determinadas condutas que hoje são consideradas corruptas como, por exemplo, a peita, o nepotismo e o peculato não tinham essa conotação até há pouco tempo atrás em termos históricos, considerando que “apeita estava instituída como um pacto entre os fidalgos e a plebe nos regimes monárquicos para garantir o pagamento de tributos do povo aos nobres; o nepotismo era reconhecido como um princípio de autoridade da Igreja na Idade Média, segundo o qual os parentes mais próximos do Papa tinham privilégios sociais aceitos pela sociedade da época; o termo peculato, originalmente, indica que o gado constituía a base da riqueza de determinados grupos sociais privilegiados e, posteriormente, a expressão “receber o boi” passou a ser usada para designar “troca de favores”, pois o gado servia como uma forma de moeda em certas regiões rurais.”²

A corrupção e a fraude são palavras que no imaginário popular estão vinculadas ao setor público, mas os especialistas garantem que essas práticas podem estar mais disseminadas nas empresas privadas do que na própria Administração Pública. Estima-se que as fraudes no setor privado brasileiro signifiquem desfalque médio de 6% do faturamento das empresas, cujo patamar é o mesmo nos Estados Unidos e de 7% na União Européia, segundo a Association of Certified Fraud Examiners.

² ANDRIOLI, A. I., “Causas estruturais da corrupção no Brasil”, *Revista Espaço Acadêmico*, núm. 64, 2006, Setembro. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/064/64andrioli.htm>

De uma forma geral, os desvios sensibilizam mais quando envolvem dinheiro público porque há uma ilusão de que são apenas esses que atingem o bolso coletivo. Todavia o custo da fraude e da corrupção é embutido no preço do produto ou do serviço, quando é possível aumentá-lo, deslocando-o para o consumidor ou usuário do serviço. Quando isto não é possível, acarreta diminuição das vendas, queda na arrecadação e, por consequência, potencializa o desemprego. Outro efeito que pode decorrer destes fatos é a diminuição dos dividendos dos acionistas e os salários dos empregados.

Como já foi escrito anteriormente, o que interessa, contudo, é a corrupção na Administração Pública onde ela se apresenta como um meio de negligenciar do interesse público em benefício de interesses privados. Isto ocorre porque o agente público desvia dos propósitos da boa Administração, que deve atuar em prol do interesse público, e busca a satisfação de interesses privados se valendo das prerrogativas públicas que detêm.

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.³

Independente da motivação que leva à conduta lesiva ao interesse público é certo que o interesse público fica num plano secundário. Uma das causas da sobreposição do interesse privado sobre o público talvez resida na ausência de uma consciência coletiva acerca da honestidade com o trato da coisa pública, porque nem sempre a população pede a punição dos envolvidos em fatos qualificados como corrupção.

A corrupção está associada à fragilidade de padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo, este, normalmente um mero “exemplar”

³ GARCIA, E. e ALVES, R. P., *Improbidade administrativa*, 4.^a ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p.7.

do meio em que vive e se desenvolve no contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum dentre os cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidade terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.”⁴

A corrupção envolvendo agentes públicos, que se estabelece da interface entre o setor público e o setor privado, pode ser classificada como política ou burocrática. A corrupção política é uma das características dos altos níveis hierárquicos, enquanto que a corrupção burocrática se localiza mais nas atividades burocráticas cotidianas, como por exemplo, quando um servidor público recebe propina para deferir uma licença que não poderia ser deferida.

Para Gronbeck⁵, a corrupção política pode ser conceituada como aquela que “se situa no largo espectro de patologias políticas, sendo estas atos e intenções que violam as leis, procedimentos e expectativas ideológico-culturais de um sistema político”. Segundo Rose-Ackerman⁶, a corrupção política ocorre quando a formulação política e a legislação são talhadas para beneficiar políticos e legisladores, por isto a corrupção política está relacionada aos níveis mais altos da hierarquia governamental.

A corrupção burocrática é aquela que surge das relações que se estabelecem cotidianamente entre a Administração pública e o cidadão, onde o servidor público vê a oportunidade de aumentar

⁴GARCIA e ALVES, *Improbidade ... op. cit.*, pp. 8-9.

⁵ GRONBECK, B. E., “The Rhetorico Political Corruption” (Org. A. J. Heidenheimer) in, *Political Corruption: A Handbook*, 4. printig., Transactio Plubishers, New Brunswick, 1997, p. 173-189.

⁶ ROSE-ACKERMAN, S., “The Economics of Corruptionan Essai” in, *Political Economy*, Academic Press, New York, 1978.

os ganhos ou compensações. Normalmente é tipificada em lei o que oportuniza a sua identificação e punição.⁷

De acordo com McMullan⁸, a corrupção burocrática pode ser conceituada como aquela que “surge quando o agente público corrupto aceita dinheiro ou equivalente a dinheiro para fazer algo que é seu dever fazer de qualquer forma, ou que é seu dever não fazer; ou, ainda, aquele que exerce um poder legítimo por razões impróprias”.

Em síntese a corrupção política se situa predominantemente na esfera governamental, onde são tomadas as decisões de natureza política no âmbito de uma maior discricionariedade, enquanto que a corrupção burocrática se localiza predominantemente na esfera administrativa, cujas decisões afetam direta e concretamente os interesses e direitos dos cidadãos.

A corrupção na política sempre existiu, porque sempre fez parte do jogo de interesses e poder desde o nascimento da vida em sociedade. No Império Romano, por exemplo, existia até uma tabela paralela de corrupção feita pelo próprio senado para burlar as leis.⁹

E a despeito da distinção conceitual entre as duas formas de corrupção, política e burocrática, os autores que, de uma forma geral fazem esta distinção, enfatizam como característica comum,

⁷ GARCIA, R. L., *A economia da corrupção: teorias e evidências. Uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul*, p. 30, disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5271/000423672.pdf?sequence=1> acessado em 11 de março de 2013.

⁸ McMULLAN, M., “Corruption in Public Services of British Colonies and Ex-Colonies West African” (Org. A. J. Heidenheimer) in, *Political Corruption: A Handbook*, 4 Printig, Transactio Plubishers, New Brunswick, 1997, p. 51-66.

⁹ SILVA, J. O. da., *Historiador e doutor em Ciência da Religião pela PUC-SP*, disponível em <http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESSO/edicoes/28/artigo170086-1.asp> acessado em 11 de março de 2013.

a natureza ilegal da apropriação de renda e do uso da função pública para fins privados.¹⁰

No Brasil a corrupção, para alguns, tem raízes históricas cujo início se dera com a colonização, momento em que se instalou uma ideologia no sentido de sempre levar a melhor sobre o outro. O famoso “jeitinho brasileiro” que medeia boa parte das relações sociais, econômicas e políticas teria tido origem naquele momento. Inegavelmente isto está presente na cultura brasileira!

Esta cultura tende a não considerar determinadas condutas como problemáticas e, mais, o seu objetivo é visto como algo positivo ou justificável. Neste sentido a corrupção passa a ser tolerada e pessoas corruptas são, tendencialmente, encaradas como espertas ao invés de serem caracterizadas como criminosas, o que também está fortemente relacionado à forma sensacionalista como os escândalos de corrupção geralmente são apresentados à opinião pública.¹¹

Além da ideologia de levar sempre o melhor em todas as relações, outro elemento cultural importante da corrupção no Brasil é o patrimonialismo, que se caracteriza pelo tratamento da coisa pública como um assunto puramente pessoal, da esfera privada e, em razão disto, os bens públicos não se diferenciam dos bens privados, o que em última análise é a privatização ilegal, ilegítima e inaceitável do setor público. Esta cultura está estreitamente imbricada com a história de desenvolvimento do Brasil, marcada pela apropriação privada e pela dependência.

Além das razões acima apontadas, economistas e cientistas sociais têm atribuído a existência de mercados burocráticos e políticos corruptos outras razões que contribuem para a corrupção: (i) intervenção estatal excessiva; (ii) má governança das instituições públicas; (iii) excesso de regulamentações e normas; (iv)

¹⁰GARCIA, Ricardo. A economia da corrupção – teorias e evidências – Uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul, p. 30, disponível em <http://hdl.handle.net/10183/5271> acessado em 11 de março de 2013.

¹¹ ANDRIOLI, “Causas estruturais ... op. cit.

centralização das decisões burocráticas; (v) isolamento entre níveis hierárquicos; (vi) falta de competição na esfera pública e (vi) o excesso de poder discricionário de burocratas e políticos.¹²

Quanto maior a intervenção do Estado, mais poder o agente público e o político dispõem e, por consequência, ocorre uma potencialização de riscos e benefícios que podem se desenvolver no âmbito de um mercado ilegal paralelo à burocracia estatal, porque num ambiente de ampla discricionariedade o agente público pode vender dificuldades para conseguir compensações em seu benefício.

A má gestão da coisa pública é outra das causas enumeradas pelos economistas e cientistas sociais, porque esta se caracteriza normalmente pela fraqueza das instituições públicas no trato da coisa pública, políticas públicas mal estruturadas e executadas. Nesta fragilidade possibilita que o exercício das prerrogativas públicas não seja exercido em prol do interesse público, mas em razão de interesses pessoais.

O excesso de regulamentação e, sobretudo, a falta de objetividade das regras que regem as atividades burocráticas da Administração Pública dão margem a interpretações que muitas vezes criam dificuldades ao cidadão o que faz com que ele se procure caminhos ilegais para “resolver” a demanda em face da Administração Pública.

Para Mbaku¹³, nas economias altamente regulamentadas, os resultados das políticas públicas são influenciados para atividades de grupos de interesse que buscam transferências governamentais e por burocratas que oferecem as transferências. Portanto, nos países na qual a alocação dos recursos tenha sido politizada, a burocracia estatal se torna a principal estrutura para alocação de recursos, e não mais o mercado.

¹² GARCIA, *A economia ...* op. cit.

¹³ MBAKU, J. M., “Bureaucratic Corruption as Rent Seeking Behavior. *Konjunkturpolitik*, v.38, núm. 4, 1992, p. 264.

A centralização das decisões burocráticas aumenta o poder de determinados agentes públicos formando, muitas vezes, certos feudos cujas decisões nem sempre estão em consonância com o interesse público. A centralização aliada à cultura patrimonialista forma um caldo de cultura que contribui para fomentar a corrupção.

O isolamento entre níveis hierárquicos impede a oxigenação na Administração Pública e isto acaba por estimular ações clandestinas, ilegais porque não existe comunicação com outras instâncias hierárquicas, portanto, é menor a transparência e o controle. O isolamento pode fragilizar o controle e isto contribuir para a corrupção.

A falta de competitividade na esfera pública também contribui para que se estabeleça um ambiente de favorecimento em troca de compensação. A competição transparente e saudável pressupõe a participação de múltiplos agentes que devem seguir um regramento claro e objetivo e sujeitos a um controle recíproco entre os participantes.

Para Ades e Di Tella¹⁴, a fraqueza das instituições e a ausência de um processo democrático também podem justificar o aumento da corrupção, destacando que ela é maior em países onde a instituição judicial não está bem desenvolvida, ou seja, onde o Poder Judiciário não é independente da influência política. Um Poder Judiciário forte, atuante e independente dificulta a impunidade, o que contribui para diminuir a corrupção.

E, por fim, o excesso de poder discricionário de burocratas e políticos também contribui para a formação de ambientes onde a corrupção se instala e se desenvolve, porque as decisões são tomadas preponderantemente com base em critérios de conveniência e oportunidade, onde nem sempre o interesse público é o grande norteador das ações dos agentes públicos.

¹⁴ ADES, A. and DI TELLA, R., "La nueva economía de la corrupción" *Estúdios*, outubro-dezembro, 1995, p.124.

Para o ministro-chefe da Controladoria-Geral da União no Brasil, Jorge Hage, as causas mais profundas da corrupção têm raízes em questões “como o financiamento privado de campanhas e de partidos, o sistema eleitoral, os meandros da elaboração do orçamento público e, sobretudo, a urgente necessidade de reforma das leis processuais penais, que são, hoje, a principal garantia de impunidade”.

Sinteticamente pode se afirmar que, de acordo com a moderna literatura, a corrupção floresce com maior rigor em sociedades onde predomina a pouca liberdade de imprensa, o poder monopolístico excessivo, processos de privatização desorganizados, excesso de regulamentações e normas sobre o mercado.¹⁵

A corrupção que outrora tinha suas causas predominantemente localizadas no interior de cada organização política e burocrática, atualmente com o gradativo afrouxamento das fronteiras e o avançar das comunicações no âmbito da globalização, algumas organizações tomaram contorno internacional e se utilizam da corrupção para cooptar as instituições políticas e burocráticas em seu benefício.

Os grupos criminosos precisam do Estado para se fortalecer e atingir seus fins empresariais e inicialmente não têm por finalidade desconstituir o Estado, mas se valer de suas deficiências de controle para tirar proveito. Todavia, o fortalecimento das instituições criminosas e o uso da corrupção como instrumento de infiltração no interior das instituições políticas e burocráticas pode ameaçar a sobrevivência do próprio Estado.

A deflagração da conduta lesiva ordinariamente se dá por grupos de pressão que atuam junto à Administração Pública ou por agentes públicos que vendem dificuldades no exercício de suas funções públicas para obter vantagens privadas. A iniciativa não é exclusividade de grupos econômicos que têm interesse em tirar vantagens nos negócios com a Administração Pública, porque

¹⁵ GARCIA, *A economia ...* op. cit.

muitas vezes a pressão por um ganho privado vem do âmago da Administração Pública.

Sob a ótica dos grupos econômicos que atuam em um meio reconhecidamente corrupto e contratam com a Administração Pública veem na corrupção um instrumento de competitividade, ou seja, a competitividade pode ser reforçada por meio do pagamento de propina. Em contrapartida aqueles que não se valem do mesmo instrumento ficam alijados dos negócios e, por consequência, da possibilidade de obter lucros.

A ausência de uma postura ética firme da Administração Pública, sintonizada com os valores que informam a Democracia, o bom governo e a boa administração, pode estimular um meio ambiente fraudulento e corrupto na seara das compras e contratações gerando uma competitividade às avessas. Ao invés de a competitividade se dar em face do preço do bem contratado, ela se dá no âmbito das propinas, ou seja, quem paga a maior “comissão” contrata com a Administração Pública.

O custo da corrupção certamente integra o preço do objeto contratado, razão pela qual podem ocorrer dois fatos: a1. o preço final do objeto fica mais caro que será suportado pela sociedade com mais sacrifício; a2. o contratado deixa de cumprir os requisitos técnicos e ou não realiza a melhor execução o que certamente vai implicar em um aumento dos custos de manutenção que também serão arcados pela sociedade.

Além dos efeitos nos custos e nos efeitos dos objetos contratados pela Administração Pública envolvendo corrupção, convém destacar que ela não existe apenas e tão somente no âmbito da contratação da Administração Pública com a iniciativa privada. Ela pode se fazer presente para permitir ascensão ao poder por meio de repasse de recursos financeiros aos partidos políticos, o que poderá ocorrer por meio de doações de recursos da iniciativa privada em favor de partido(s) político(s).

Neste caso a corrupção tem duas finalidades distintas: uma é a de levar determinado(s) partido(s) ao centro do poder e a outra é de tirar proveito quando este partido estiver no poder. Há uma

relação dialógica que beneficia as duas partes, partido político e particular em detrimento do interesse público.

No plano interno a corrupção pode ocorrer, também, quando o governo libera repasse de verba pública às vésperas da eleição para angariar votos; quando realiza obras públicas com nítida intenção de promoção político-partidária; quando admite correligionários para ocupar cargos em comissão visando proveito eleitoral ou para promoção da busca da promoção pessoal no exercício da função; quando libera verbas públicas que beneficiam os eleitores dos parlamentares votar de acordo com os interesses do governo, entre outras.

Outro fato grave que corrompe os valores da democracia e das instituições políticas ocorre quando o Poder Legislativo, que é o responsável pela produção das regras formais em consonância com os princípios e valores da Constituição, aprova leis de modo a inviabilizar a apuração e a punição dos atos de corrupção, normalmente encobertas com a retórica de que buscam aperfeiçoar a legislação.¹⁶

É também grave a aprovação de leis que desautorizam decisões judiciais condenatórias em benefício de alguém que teve uma conduta desabonatória mas que exerce um cargo relevante, como se deu, por exemplo, com um Senador da República que utilizou a gráfica do Senado Federal para confeccionar calendários, contendo sua imagem, para fins eleitorais.

II. DA CORRUPÇÃO E O BOM GOVERNO E A BOA ADMINISTRAÇÃO

A corrupção é um tema que afeta diretamente o bom governo e a boa administração pública, porque macula o princípio da moralidade pública que é um de seus sustentáculos. O bom governo e a boa administração pública necessariamente precisam agir de forma honesta com o trato da coisa pública!

¹⁶GARCIA, e ALVES, *Improbidade* ...op. cit., p. 11.

Aristóteles na sua obra *A Política*¹⁷, já se preocupava com a corrupção porque ela dificultava a realização do bem comum da polis e, para diferenciar os bons governos dos maus governos, formulou seis tipos de governo, sendo três deles justos ou que tinham por objetivo perseguir o bem comum, e três deles injustos, em que as vantagens privadas se sobrepunham ao bem.

Ele caracterizou as três formas de bons governos, de um lado, e as três formas de maus governos ou corrompidas, de outro, por meio da identificação do titular da soberania do governo, que podia estar apenas com uma pessoa, assim como podia estar com algumas ou com muitas pessoas.

A primeira forma de um bom governo ou governo justo, segundo Aristóteles, seria a Monarquia cujo governo é de um homem só, de caráter hereditário, que visa o bem comum, assim como a obediência às leis e às tradições e não necessita coordenar sua ação com a dos demais cidadãos.

A segunda forma de um bom governo seria a Aristocracia, cuja titularidade da soberania estaria nas mãos de algumas pessoas, as melhores, porque dotadas de virtudes que permitiam distinguir o bem e o mal e, além disto, seria a forma mais duradoura porque os aristocratas temperam melhor as paixões.

A terceira forma justa ou de um bom governo é a Politéia: governo do povo, da maioria, que exerce o respeito às leis e que beneficia todos os cidadãos indistintamente, sem fazer nenhum tipo de discriminação. Contudo, esta forma depende da areté – virtude – dos homens para não degenerar em sua forma corrompida.

A cada uma das formas de justo ou bom governo corresponde uma forma corrompida, que surge quando as vantagens privadas se sobrepõem ao bem comum da polis por meio da ganância e das paixões. É a substituição da eudaimonia – felicidade por meio do bem comum – pela busca das vantagens privadas, fazendo com

¹⁷ ARISTÓTELES. *A Política*, Editora da UnB, Brasília, 1985.

que o resultado da participação na polis seja a ausência da liberdade.

À monarquia corresponde tirania que se caracteriza como sendo o governo de um só homem que ascende ao poder por meios ilegais, violentos e ilegítimos e que governa pela intimidação, manipulação ou pela aberta repressão, infringindo constantemente as leis e a tradição.

À aristocracia corresponde a oligarquia que se caracteriza como o governo de um grupo economicamente poderoso que rege os destinos da cidade, procurando favorecer a facção que se encontra no poder em detrimento dos demais por meio da opressão do povo que sofre a expropriação da produção coletiva para o atendimento de suas vantagens privadas.

E, por fim, à Politéia corresponde a democracia que se caracteriza como a forma corrompida, porque é o governo do povo, da maioria, que exerce o poder favorecendo preferencialmente os pobres, causando sistemático constrangimento aos ricos.

De acordo com a concepção aristotélica a forma de governo que poderia evitar a corrupção e assegurar a eudamonia, impedindo a elevação dos desejos ou a busca por vantagens privadas seria a de um governo misto, que ele definia como timocracia (timé = honra), onde o poder político seria exercido pelos cidadãos proprietários de algum patrimônio e que governariam para o bem comum.

Aristóteles não admitia a existência da dimensão privada na politéia – política –, porque o governo não deve ceder aos desejos dos homens apetitosos, evitando assim a sua corrupção.¹⁸ A corrupção em Aristóteles, portanto, significa a sobreposição dos

¹⁸ SKINNER, Q., *As Fundações do Pensamento Político Moderno*, Companhia das Letras, São Paulo, 1996.

desejos _vantagens privadas _ sobre a eudamonia _ bem comum.¹⁹

Para Políbios a organização dos homens é uma sucessão cíclica de formas de governo, na qual a corrupção funciona como um mal inerente a todas as Constituições ou formas de governo. Ou seja, para o autor a corrupção é um fenômeno natural que decorre da predisposição do homem ao apetite e à ganância:

Do mesmo modo que a oxidação no caso do ferro e o caruncho e as cracas no caso da madeira são pragas ínsitas a esses materiais, e eles, embora escapem dos agentes destruidores externos, são desfeitos por elementos nocivos presentes em si mesmos, cada Constituição sofre de um mal congênito e inseparável de si mesma _ na monarquia esse mal é a tendência ao despotismo, na aristocracia é a tendência à oligarquia, e na democracia é a tendência à selvageria e ao império da violência _; e como foi dito há pouco, é impossível que cada um desses tipos de Constituição não tenda com o tempo a converter-se na sua forma degenerada.²⁰

Aristóteles e Políbios trabalharam a organização estatal na perspectiva de que a corrupção, de certa forma, é inerente à organização da polis, pois qualquer forma de governo está sujeita a sofrer intervenções nefastas que não permitem um governo justo e bom. A inerência a rigor está nos homens e não nas instituições porque essas são resultado da organização do homem em sociedade.

Com o inventário das noções de Aristóteles e Políbios sobre a política e a forma segundo a qual é possível compreender este fenômeno prático, podemos identificar a constante lógica que define a corrupção enquanto antinomia da organização justa dos homens em coletividade. A corrupção na política é a sobreposição das vantagens privadas sobre o bem comum. Sua causa está no

¹⁹FILGUEIRAS, F., *A teoria política da corrupção*, disponível em <http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/TPC.pdf> acessado em 15 de março de 2013.

²⁰ POLÍBIOS. *História*, Editora da UnB, Brasília, 1985.

baixo alcance da ética, expressa, como observa Políbios, tanto nas leis quanto que nos costumes.²¹

Para Maquiavel, a grandeza de uma república se dá pela institucionalização do conflito na forma de leis compartilhadas a partir de uma crença comum de sua efetividade. O conflito é necessário porque os desejos de todos são incompatíveis e por isto leis que garantem liberdade e participação são eficientes para moderação dos desejos evitando, assim, sua degradação e mantendo a liberdade intacta.

De acordo com o autor, a corrupção ocorre quando a institucionalização do conflito se torna ineficiente e quando o povo perde de vista os valores de sua fundação.

Em uma república corrompida, como aponta o florentino, não há mais a concórdia entre os homens. De um lado, os governantes passam a legislar em causa própria, sobrepondo suas vantagens privadas ao bem público. De outro lado, os cidadãos não mais buscam o bem comum, na medida em que perdem a virtú necessária para seduzir a Fortuna, passando a viver de acordo com as contingências, tendo em vista apenas seus interesses imediatos.²²

Mas, quando os cidadãos se corromperam, a instituição ficou sujeita a numerosos inconvenientes: só os homens poderosos passaram a propor leis, não no interesse da liberdade, mas no do seu próprio poder; e ninguém ousava falar contra esses projetos, devido ao temor que seus proponentes inspiravam. De modo que o povo, enganado ou constringido, se via obrigado a decretar a própria ruína.²³

Pelo que se depreende a corrupção é um tema que acompanha a trajetória do homem. Se por um lado o homem lutou para se organizar sob os auspícios de um governo bom e justo, de outro

²¹FILGUEIRAS, *A teoria ...* op. cit.

²²FILGUEIRAS, *A teoria ...* op. cit.

²³ MAQUIAVEL, N. *Discursos Sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, Editora da UnB, Brasília, 1985.

lado, a fraqueza humana se valeu da corrupção, em sentido amplo, para mostrar que todas as instituições públicas são falíveis porque o germe da corrupção está no próprio homem.

Em alguns Estados democráticos contemporâneos o bom governo e a boa administração pública são qualificados como direito fundamental do cidadão, ou seja, todo cidadão tem o direito público subjetivo de ter um bom governo e uma boa administração pública, baseados na ideia de Estado de Direito. A Convenção Europeia em seu artigo 41 prevê que todos têm direito a uma boa administração e que em razão disto, os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

Mas o que vem a ser objetivamente um bom governo e uma boa administração? De certa forma respondendo a esta questão, tem-se os ensinamentos de Rodrigues-AranaMuñoz²⁴, que ao tratar do bom governo e da boa administração, escreve o seguinte:

Em El Estado de derecho, es fundamental que gobernantes y administradores de la cosa pública se habitúen a larendición de cuentas sobre sus decisionoes y, sobre todo, que el poder se ejerza desde da explicación, desde larazón, desde la luz, desde la transparência, desde lamotivación e laposición que se tiene desde arriba.

Um bom governo é aquele que atua de forma democrática e transparente, que presta contas, que justifica as suas decisões motivando-as de acordo com os fatos e o Direito. Um bom governo tem que eleger políticas públicas de forma democrática e que estejam em sintonia com as demandas que decorrem dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Portanto, a motivação que leva a elaboração de políticas públicas deve ser o interesse público sintetizado nos direitos fundamentais e jamais motivações que passam ao largo dos princípios que

²⁴ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El buen Gobierno y la Buena Administración de instituciones Públicas: adaptado a la Ley 5/2006 de 10 de abril*, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 38.

orientam o bom governo. A corrupção funciona como um vírus que invade e contamina as organizações e instituições governamentais fazendo com que ocorram desvios e desmandos no trato da coisa pública.

Um governo, cujos agentes públicos, agem orientados pelos princípios fundamentais da cidadania, da democracia, da dignidade da pessoa humana e pelos princípios da legalidade, da motivação das decisões, da proporcionalidade, da moralidade pública, da imparcialidade, da igualdade, da transparência, da eficiência, da eficácia, da responsabilidade e justiça, voltados exclusivamente para atender ao interesse público, afasta a corrupção porque não lhe dá espaço.

A corrupção se instala onde há espaço e possibilidade de ela se desenvolver. Se os agentes políticos atuarem exclusivamente em benefício do interesse público, certamente faltará terreno fértil para que a corrupção se desenvolva. O que impede a corrupção é a atuação ética dos agentes públicos em geral, orientada por valores que não contemplam a ilegalidade.

O processo legislativo no âmbito político, assim como a execução das leis no âmbito burocrático devem seguir fielmente os princípios orientadores do bom governo e da boa administração pública, impedindo que a ilegalidade e a ilegitimidade passem a orientar as ações e as decisões contribuindo para o desvio de finalidade.

A boa administração pública é aquela que atua de forma democrática e em sintonia com as demandas decorrentes dos direitos fundamentais, executando suas atividades motivadas tão somente para alcançar a materialização dos direitos fundamentais de sorte que o cidadão possa efetivamente ter uma vida digna.

A ética tem por objeto formas de comportamento humano fundado em valores e, por isto, obrigatório para a convivência saudável entre os cidadãos. Está diretamente relacionada ao padrão de comportamento do indivíduo, dos profissionais e também do político. Se por um lado as leis são feitas para orientar nossos

direitos e obrigações, de outro, elas não ditam o padrão de comportamento que devemos ter.

Neste ponto é que reside a dificuldade de se estabelecer um padrão comportamental ético para os agentes públicos se estes não se orientam de forma segura pelos princípios e valores que orientam a boa Administração Pública. Se por um lado o Direito Administrativo rege, no plano jurídico, o rito das ações que a Administração Pública e os agentes administrativos devem empreender, por outro, o Direito Administrativo e as demais leis não conseguem fazer valer um padrão ético comportamental porque os agentes não seguem a lei e o Direito.

A corrupção no âmbito da Administração Pública, portanto, decorre de um comportamento aético do agente público, descumpridor da legalidade formal e substancial, o que contribui para corroer e contaminar a Administração Pública, provocando o desvio de finalidade, porque ao invés de atuar em favor do interesse público, busca satisfazer interesses privados em troca de compensações vantajosas para agentes públicos e/ou outras pessoas.

A noção de direito fundamental à boa administração pública não contempla apenas e tão somente um direito público subjetivo, mas um direito público subjetivo com elementos instrumentais objetivos cuja finalidade é, por um lado, orientar o Governo e a Administração Pública e, por outro, oferecer instrumentos de aferição qualitativa da eficácia e da eficiência no trato da coisa pública.

Na Constituição Federal brasileira não há nenhum artigo específico a tratar do direito fundamental à boa administração, porém, isto não impede a extração da norma implícita de que todos os brasileiros têm este direito. Este direito fundamental compreende uma administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação

social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.²⁵

Ainda de acordo com Freitas²⁶, o direito fundamental a boa administração abriga, em seu bojo, um plexo de direitos subjetivos que englobam o direito a uma administração pública transparente, dialógica, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada, eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável.

Em síntese os critérios que orientam um bom governo e uma boa administração pública são a eficiência, eficácia, proporcionalidade, transparência, motivação, imparcialidade, moralidade, democracia, responsividade e responsabilidade e harmonia com os princípios constitucionais.

III. DA CORRUPÇÃO E A DEMOCRACIA

A palavra democracia tem sua origem na Grécia Antiga (demo=povo e kracia=governo) e designa um sistema de governo que originariamente foi desenvolvido em Atenas, uma das principais cidades da Grécia Antiga. Naquela época nem todos podiam participar das decisões acerca das questões da cidade, da polis, como era o caso das mulheres, dos estrangeiros, dos escravos e das crianças, o que sugere que a forma antiga de democracia era bem limitada.

No dicionário encontra-se a seguinte definição: "Doutrina ou regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição eqüitativa de poder, ou seja, regime de governo que se caracteriza, em essência, pela liberdade do ato eleitoral, pela divisão de poderes e pelo controle da autoridade."²⁷

²⁵ FREITAS, J., *Discrecionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, Malheiros, São Paulo, 2007, p.20.

²⁶ FREITAS, *Discrecionariedade* ...op. cit., p.20.

²⁷ FERREIRA, A. B. de H., *Novo Aurélio: o dicionário da língua portuguesa, Século XXI*, 3ª ed., Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1999, p.620.

Como já foi visto, Aristóteles qualificava a democracia como uma das formas corrompidas de um justo e bom governo. Para ele a democracia era o governo do povo, de todos os cidadãos livres, portanto de todos aqueles que gozavam dos direitos de cidadania, distinguindo-se da Monarquia e da Oligarquia, mas estaria sujeita à influência dos demagogos, que constantemente incitam o povo contra os possuidores de bens, causando tentativas revolucionárias.

Os movimentos constitucionalistas do século XVIII contribuíram para o fortalecimento da democracia. Se no século XVII ressurgem os ideais democráticos, é no século XVIII, com o Iluminismo e as Revoluções Americana e Francesa, que ela se fortalece. Ao tratar do Estado Moderno e Democracia, Dallari²⁸ sugere que “A ideia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores”.

A democracia é o resultado da práxis política de cada povo, que leva em consideração toda a complexidade de sua formação histórica nos mais variados campos, como o da política, da economia, da cultura, da educação, entre outros, sem afastar aspectos e circunstâncias exógenas que também podem contribuir para formação da democracia de cada povo.

A ideia nuclear contemporânea da democracia enuncia, também, que esta é a forma de governo que permite a ascensão do povo ao poder e, por consequência, a constante renovação dos dirigentes políticos da organização estatal, possibilitando um contínuo debate a respeito do comportamento daqueles que exercem ou pretendem exercer a representatividade popular, bem como de todos os demais fatos de interesse coletivo.

Em face da possibilidade de renovação constante dos quadros políticos e a possibilidade de controle social das ações do Estado,

²⁸DALLARI, D. de A., *Elementos de teoria geral do estado*, 21ª ed, Saraiva, São Paulo, 2000, p.145.

tem-se que a corrupção nesta forma de governo é menor do que na Monarquia e na Aristocracia. Todavia, pesquisas desenvolvidas não revelaram elementos mensuráveis capazes de dar supor à afirmação de que a corrupção nos países democráticos e abertos é menor do que noutros menos democráticos.²⁹

É inquestionável que países democráticos que apresentam debilidade nas suas instituições facilitam “a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração adstrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da *potestas publica* face ao anseio coletivo.”³⁰

A transição de regimes autoritários para a democracia não garante por si só o afastamento de culturas nefastas para o bem comum. Nestes casos tem que se construir novos alicerces em outras bases, o que normalmente impõe certa demora até que haja uma sedimentação cultural, como é o caso dos valores que não se coadunam com a ideia de corrupção.

Esse estado de coisas, longe de se diluir com a ulterior transição para um regime democrático, deixa sementes indesejadas no sistema, comprometendo os alicerces estruturais da administração pública por longos períodos. Ainda que novos sejam os mecanismos e as práticas corruptas, os desvios comportamentais de hoje em muito refletem situações passadas, das quais constituem mera continuação.³¹

Contudo a corrupção também está presente em Estados cuja tradição democrática está sedimentada há muito tempo, o que revela que ela não é exclusividade dos Estados que passaram

²⁹ FORMIGA-XAVIER, C. J. C. de. *A corrupção política e o caixa 2 de campanha no Brasil*. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-26092011-135010/pt-br.php> acessado em 17 de março de 2013.

³⁰ GARCIA, e ALVES, *Improbidade* ... op. cit., p.8.

³¹ GARCIA, e ALVES, *Improbidade* ... op. cit., p.8.

recentemente por uma transição democrática. Acontece que as democracias mais jovens ainda se ressentem de mecanismos eficientes de controle, de uma mudança comportamental dos agentes públicos e da própria sociedade em face do tema corrupção.

A democracia é uma forma de governo que permite a construção e reconstrução permanente de acordo com a dinâmica cultural de um povo. Enquanto o povo não “interiorizar” a responsabilidade democrática baseada em valores sólidos de legalidade, legitimidade e honestidade, as instituições estarão sujeitas à falibilidade. Por outro lado, a democracia permite a renovação, a reconstrução em bases novas de acordo com os anseios da sociedade porque a organização do Estado é o reflexo do que ela quer e pode.

O caso brasileiro, em especial, tem o agravante de ter tido poucas experiências democráticas ao longo de sua história o que contribui para certa opacidade da sociedade que ainda está descobrindo que pode e deve participar na tomada das decisões do Governo e da Administração Pública.

A sociedade brasileira está se dando conta de que determinadas práticas não republicanas que permitem inescrupulosos assumirem o poder para tirar vantagens não podem mais ser aceitas. Todavia é um processo lento e que precisa de consciência democrática ampla que contemple todos os valores que a fundamentam. O cidadão brasileiro está começando a ter percepção da corrupção!

Como desdobramento dessas breves reflexões, é possível afirmar, com certa tristeza, que a ordem natural das coisas está a indicar que ainda temos um longo e tortuoso caminho a percorrer. O combate à corrupção não haverá de ser fruto de mera produção normativa, mas, sim, o resultado da aquisição de uma consciência democrática⁵ e de uma lenta e paulatina participação popular, o que permitirá uma contínua fiscalização das instituições públicas, reduzirá a conivência e, pouco a pouco, depurará as ideias daqueles que pretendem ascender ao poder. Com isto, a corrupção poderá ser atenuada, pois eliminada nunca o será.³²

³² GARCIA, ALVES, *Improbidade ...* op. cit., p.8.

A qualidade da democracia pode ser avaliada, embora não exaustivamente, com base na responsividade, primado da lei, a liberdade, a participação, a igualdade, a competição, a accountability horizontal e a accountability vertical³³. Responsividade democrática pode ser definida, em tradução livre, como sendo “o que ocorre quando o processo democrático induz o governo a formular e implantar políticas que os cidadãos querem.”³⁴

A corrupção desvia o Governo de formular e implementar políticas públicas com responsividade democrática quando particulares e/ou grupos privados contribuem com valores vultuosos para facilitar o acesso ao poder e mesmo se manter no poder com a finalidade de que os seus interesses sejam materializados em detrimento do interesse da coletividade.

A influência do poder econômico sobre o processo de decisões políticas na esfera pública, quando acontece sob a forma de corrupção política, em que partes interessadas remuneram diretamente atores políticos por suas decisões públicas tem viés contrário aos princípios democráticos e efeito nocivo sobre a qualidade da democracia, porque afeta a dimensão da responsividade.³⁵

O primado da lei também sofre com a corrupção porque a defesa dos interesses dos corruptores acaba por se sobrepor à ordem jurídica. A corrupção tem o efeito de alterar a interpretação, o rito e até mesmo o próprio texto da lei no momento de sua feitura de sorte a privilegiar o corruptor. A defasagem do primado da lei contribui, também, para a impunidade o que acaba por desacreditar a ordem jurídica democrática.

³³ FORMIGA-XAVIER, *A corrupção ...* op. cit.

³⁴ POWELL JR., C. B., “The Chain of Responsiviness” L. Diamond and L. Morlino in, *Assessing the Quality of Democracy*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2005, p. 62.

³⁵ FORMIGA-XAVIER, *A corrupção ...* op. cit.

Numa democracia em que as instituições apresentam debilidade e que, por isto, a corrupção se instala e se desenvolve, os direitos fundamentais à liberdade, à participação e à igualdade sofrem defasagem contribuindo para o descrédito da democracia como forma de governo bom e justo.

Competição também sofre defasagem num ambiente em que a corrupção dita as regras, porque aqueles que contribuem com valores em favor de agentes públicos na defesa de seus interesses, acabam por desequilibrar qualquer certame, ofendendo a isonomia e contribuindo para o descrédito nas instituições democráticas.

Dois critérios importantes para a aferição da qualidade democrática são as *accountability* horizontal e a *accountability* vertical. A primeira compreende um conjunto de órgãos e agências legalmente instituídas para vigiar, controlar, corrigir e/ou punir ações ilegais de outras agências estatais. A segunda, por sua vez, compreende a vigilância e sanções que eleitores, imprensa, ONG's, e outras organizações da sociedade civil exercem sobre funcionários públicos.

A *accountability* compreende mecanismos de controle do governo, da administração pública, de agências estatais e pode servir, também, para um controle das instituições democráticas. A *accountability* horizontal compreende o controle e responsabilização dos atores políticos feitos por agências reguladoras, tribunais e pelo poder legislativo, como em uma CPI e de *accountability* vertical a aprovação ou punição dos políticos eleitos pelos cidadãos, principalmente pelo voto nas urnas.³⁶

O que se depreende é que os estados democráticos em que a corrupção é mais contundente apresentam deficiências de *accountability* tanto horizontal como vertical. Embora existam eleições livres, os servidores são contratados por meio de concurso público, as contratações são feitas com prévia licitação, liberdade de imprensa, etc... os mecanismos de controles ainda são frágeis para enfrentar o poder da corrupção.

³⁶ FORMIGA-XAVIER, *A corrupção ... op. cit.*

Ademais é de se salientar que o próprio regime democrático possui vertentes que propiciam, ou mesmo estimulam, a prática de atos de corrupção. Em que pese à pureza de seus ideais, a democracia, muitas vezes, tende a ser deturpada por agentes que pretendem se perpetuar no poder³⁷, o que contribui para que os cidadãos desacreditem da democracia e legitimam o status quo pela falta de participação.

Outro fator importante é a globalização, o aumento das transações comerciais internacionais e o constante fluxo de capitais entre os países contribuíram para o aumento, a complexificação e a sofisticação da corrupção o que requer o seu combate no plano internacional. É inegável que cada Estado democrático procura criar mecanismos de combate à corrupção, mas em face da sua abrangência global a Comunidade Europeia, a Organização dos Estados Americanos e a Organização das Nações Unidas já desenvolveram esforços no sentido de orientar os Estados na elaboração de tais mecanismos.

Quatro em cada cinco cidadãos europeus consideram a corrupção um problema grave nos seus países, sublinhando a necessidade de um empenhamento político mais firme para combater este tipo de crime e os danos económicos, sociais e políticos que causa. Subornos, luvas e outros pagamentos ilegais por parte de pessoas individuais, de empresas ou do crime organizado são algumas das causas que afetam o processo democrático, além de prejudicar o correto funcionamento da economia e penalizam as pessoas honestas.³⁸

Calcula-se que o custo da corrupção para a economia da UE se eleve a cerca de 120 mil milhões de euros por ano, o que corresponde a 1% do PIB da UE. Todos os países da UE têm leis contra a corrupção; porém, essas leis nem sempre são aplicadas sistematicamente. Por esta razão os governos europeus deram à

³⁷ GARCIA, ALVES, *Improbidade* ... op. cit., p.9.

³⁸ In: Novas medidas para ajudar os países da UE na luta contra a corrupção. In: http://ec.europa.eu/news/justice/110606_pt.htm acessado em 16 de março de 2016.

Comissão um mandato político para estabelecer uma abordagem comum anticorrupção.

Além da publicação de um relatório de avaliação dos esforços desenvolvidos pelos países no domínio da prevenção e redução da corrupção que complementarão as já publicadas por diversos organismos internacionais, foram sugeridas à Comissão outras propostas que incluem: a revisão das regras da UE para facilitar a apreensão do produto de actividades criminosas e assegurar que os tribunais nacionais possam executar decisões de perda em toda a UE; a alteração das regras no domínio dos contratos públicos e das normas de contabilidade e revisão oficial de contas aplicáveis às empresas da UE; a melhoria das investigações em matéria de crimes financeiros e ajuda à melhoria das estatísticas sobre criminalidade; o reforço da cooperação judiciária e policial e melhoria da formação dos agentes dos corpos policiais; a adopção de uma estratégia para combater a utilização fraudulenta dos dinheiros da UE; o reforço dos requisitos em matéria de anticorrupção para os países que desejem aderir à UE; o estabelecimento de mais condições em matéria de anticorrupção na concessão de ajudas e subvenções a outros países a cooperação mais estreita com agências da UE como a Europol e o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF).³⁹

Considerando que a corrupção é um fenómeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento económico, e distorce as condições internacionais de competitividade o Conselho da Organização para a Cooperação Económica e o Desenvolvimento (OCDE) reivindicou medidas efetivas para deter, prevenir e combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros ligados a Transações Comerciais Internacionais, particularmente a imediata criminalização de tais atos de corrupção, de forma efetiva e coordenada, em conformidade com

³⁹ In: Novas medidas para ajudar os países da UE na luta contra a corrupção. In: http://ec.europa.eu/news/justice/110606_pt.htm acessado em 16 de março de 2016.

elementos gerais acordados naquela, o que resultou na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais ratificada por vários países europeus.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos tem o objetivo de promover e fortalecer, nos países signatários, os mecanismos necessários para ajudar a prevenir, detectar e punir a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

Os propósitos desta Convenção são: 1. promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção; e 2. promover, facilitar e regular a cooperação entre os Estados Partes a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

Como medidas preventivas a Convenção da OEA sugere normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas, tendo por finalidade prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados aos funcionários públicos no desempenho de suas funções e estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública.

De acordo com a Controladoria-Geral da União, a quem cabe acompanhar, por meio da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, acompanhar a implementação das convenções e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que tenham como objeto a prevenção e o combate à corrupção, o Brasil já se encontra, em muitos aspectos, em conformidade com os termos da Convenção da Organização dos Estados Americanos.

Ainda de acordo com a Controladoria-Geral da União, o governo brasileiro desenvolveu ações no campo da prevenção e do combate à corrupção, com ênfase na investigação e apuração de irregularidades, no combate à impunidade, na promoção da transparência pública e no estímulo ao controle social. Entre as medidas adotadas estão: o tratamento penal do suborno transnacional; a implantação do Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção; a articulação nacional e internacional; o estímulo ao Controle Social; a promoção da Transparência Pública; a criminalização do Enriquecimento Ilícito; a criação da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI); o tratamento de conflito de interesses e Análise de Riscos à Corrupção na Administração Pública.⁴⁰

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção é o maior texto internacional juridicamente vinculante, ou seja, que obriga os Estados Partes que a ratificaram a cumprir os seus dispositivos, respeitados os princípios de soberania e direito interno de cada país.

A finalidade da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

O Brasil ratificou a Convenção da Organização das Nações Unidas contra Corrupção por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Pelo que se depreende o Brasil tem desenvolvido ações contra a corrupção, sem, contudo, debelá-la. Trata-se de uma chaga social,

⁴⁰ Medidas adotadas pelo Brasil para o cumprimento da Convenção da OEA. Disponível em:

<http://www.cgu.gov.br/oea/mecanismo/medidas/index.asp> acessado em 17 de março de 2013.

econômica e política que requer ações locais e globais de todos os que tiverem por objetivo estabelecer a honestidade como uma das linhas mestras de atuação dos setores público e privado.

A despeito da adoção das medidas acima referidas e de ações concretas como foi o julgamento pelo Supremo tribunal Federal-STF do caso “Mensalão”, o Brasil ainda figura como um país que apresenta alto índice de Percepção da Corrupção. De acordo com a ONG Transparência Internacional, o Brasil ficou em 69º lugar – entre 176 países – com a nota 43, em uma escala de 0 (mais corrupção) a 100 (menos corrupção).

A improbidade administrativa “é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano)”⁴¹

O principal efeito da improbidade administrativa é a ofensa ao princípio da moralidade pública insculpido no artigo 37 da Constituição Federal e norteador das ações do Poder Público no trato da coisa pública. Para efeitos de tipificação as respectivas sanções foi aprovada a Lei federal n.º 8.429/92 que classificou os atos de improbidade em atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.

IV. CONCLUSÕES

A corrupção é um fenômeno que acompanha a humanidade ao longo de sua trajetória, o que levou pensadores a elaborar teses sobre formas de governo que fossem imunes à corrupção, mas que na realidade não lograram êxito como pode se ver nos dias atuais quando organismos internacionais como a Organização das

⁴¹PAZZAGLINI FILHO, M.; ELIAS ROSA, M. F. & FAZZIO JÚNIOR, W., *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 4ª ed., Atlas, São Paulo, 1999, p. 39.

Nações Unidas elegeram a corrupção como uma de suas preocupações ao lado do terrorismo.

É um fenômeno cujo estudo requer uma forma interdisciplinar ou transdisciplinar pelo fato de que ultrapassa as fronteiras jurídicas. A corrupção é um fenômeno complexo, que apresenta elementos de natureza subjetiva, relacional, normativo e socioinstitucional porque atinge os campos da ética, da política, do direito e da sociologia.

A corrupção pode ser vista de um lado como uma forma particular de exercer influência ilícita, ilegal e ilegítima sobre os negócios públicos, para proveito próprio ou alheio e, de outro, como uma troca clandestina entre a administração pública e o mercado econômico e social.

Embora ela tenha uma percepção mais aguda no âmbito da Administração Pública no âmbito burocrático, a corrupção está presente também nas esferas governamentais predominantemente políticas, onde interesses públicos são defasados ou degradados para satisfazer interesses privados em detrimento das políticas públicas de realização dos direitos fundamentais.

Ela também está presente no âmbito das relações privadas provocando o encarecimento dos produtos colocados no mercado e, com isto, onerando as pessoas que os adquirem, o que demonstra que a corrupção só traz vantagens para o beneficiário imediato.

A corrupção atenta contra os princípios que regem o bom governo, a boa administração e a democracia. À medida que a corrupção vai minando a burocracia e a política que medeia o bom governo ela degenera o interesse público porque atinge a plenitude dos direitos fundamentais. Da mesma forma a democracia também sofre com a corrupção porque ela vai agredindo as instituições democráticas acarretando o descrédito da cidadania.

Inúmeras iniciativas estão sendo tomadas para debelar a corrupção, tanto no âmbito dos Estados quanto nos organismos internacionais. A União Européia expediu diretrizes que orientam

acerca de mecanismos inibidores da corrupção, assim como a Organização das Nações Unidas-ONU, a Organização dos Estados Americanos-OEA entre outras.

Trata-se, sobretudo, de um déficit de valores éticos que orientam a boa gestão da coisa pública. Por melhores que sejam as leis, por melhores que sejam os controles, por melhores que sejam os juízes, enquanto a conduta dos agentes públicos não estiver alinhada com os valores éticos que conduzem ao bom governo, à boa administração e à democracia, a corrupção vai continuar afetando de forma nefasta os direitos fundamentais, dentre eles, a vida.

BIBLIOGRAFIA

ADES, A. and DI TELLA, R., “La nueva economia de la corrupción” *Estúdios*, outubro-dezembro, 1995.

ANDRIOLI, A. I., “Causas estruturais da corrupção no Brasil”, *Revista Espaço Acadêmico*, núm. 64, 2006, Setembro. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/064/64andrioli.htm>

ARISTÓTELES. *A Política*, Editora da UnB, Brasília, 1985.

Controladoria-Geral da União – CGU - Medidas adotadas pelo Brasil para o cumprimento da Convenção da OEA. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/oea/mecanismo/medidas/index.asp> acessado em 17 de março de 2013.

DALLARI, D. de A., *Elementos de teoria geral do estado*, 21ª ed, Saraiva, Brasília, 2000

FERREIRA, A. B. de H., *Novo Aurélio: o dicionário da língua portuguesa, Século XXI*, 3ª ed., Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1999

FILGUEIRAS, F., *A teoria política da corrupção*, disponível em <http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/TPC.pdf> acessado em 15 de março de 2013

FORMIGA-XAVIER, Carlos Joel Carvalho de. *A corrupção política e o caixa 2 de campanha no Brasil*. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-26092011-135010/pt-br.php> acessado em 17 de março de 2013

FREITAS, J., *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, Malheiros, São Paulo, 2007

GARCIA, E. e ALVES, R. P., *Improbidade administrativa*, 4.^a ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008

GARCIA, R. L., *A economia da corrupção, teorias e evidências, Uma aplicação ao setor de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul*, p. 30, disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5271/000423672.pdf?sequence=1> acessado em 11 de março de 2013

GRONBECK, B. E., “The Rhetoric of Political Corruption” (Org. Heidenheimer) *Political Corruption: A Handbook*, 4Printig., Transactio Plubishers, New Brunswick, 1997.

MAQUIAVEL, N. *Discursos Sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, Editora da UnB, Brasília, 1985.

MBAKU, J. M. “Bureaucratic Corruption as Rent Seeking Behavior” *Konjunkturpolitic*, v.38, núm. 4, 1992.

McMULLAN, M., “Corruption in Public Services of British Colonies and Ex-Colonies West African” (Org. A. J. Heidenheimer) in, *Political Corruption: A Handbook*, 4Printig., TransactioPlubishers, New Brunswick, 1997.

Novas medidas para ajudar os países da UE na luta contra a corrupção. In: http://ec.europa.eu/news/justice/110606_pt.htm acessado em 16 de março de 2016

PAZZAGLINI FILHO, M.; ELIAS ROSA, M. F. & FAZZIO JÚNIOR, W., *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 4^a ed., Atlas, São Paulo, 1999.

POLÍBIOS. *História*, Editora da UnB, Brasília, 1985.

POWELL JR., C. B., “The Chain of Responsiviness” L. Diamond and L. Morlino in, *Assessing the Quality of Democracy*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2005.

MORLINO, L., *Assessing the Quality of Democracy*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2005.

RAMOS, A. de C., “O Combate Internacional à Corrupção e a Lei da Improbidade” J. A. L. Sampaio et al., in, *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El buen Gobierno y la Buena Administración de instituciones Públicas: adaptado a la Ley 5/2006 de 10 de abril*, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.

ROSE-ACKERMAN, S., *The Economics of Corruptionan Essai in Political Economy*, Academic Press, New York, 1978.

SILVA, J. O. da., *Historiador e doutor em Ciência da Religião pela PUC-SP*, disponível em <http://psiquecienciaevida.uol.com.br/ESSO/edicoes/28/artigo170086-1.asp> acessado em 11 de março de 2013.

SKINNER, Q. *As Fundações do Pensamento Político Moderno*, Companhia das Letras, São Paulo, 1996.

EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD, LA NEUTRALIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS Y EL ABUSO DEL PODER POLÍTICO EN LAS ELECCIONES

Eneida Desiree Salgado

Professora Adjunta do Departamento de Direito Público

Universidade Federal do Paraná

Professora do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia

UniBrasil

I. LA DEMOCRACIA Y LA EXIGENCIA DE IGUALDAD

La igualdad es la base de las democracias. No es posible pensar contemporáneamente en un régimen político que no sea igualitario. A veces, la configuración igualitaria no ultrapasa el diseño normativo, lo que falsea la caracterización del sistema.

La Constitución brasileña de 1988 conlleva una concepción de la democracia, con contornos únicos, profundamente marcadas por las ideas de libertad e igualdad, por la soberanía popular y el pluralismo político. No descuida del ideal republicano,¹ de la noción de interés público y de la responsabilidad de los ciudadanos en las decisiones políticas, tomadas directamente o por la actuación de los representantes.

La democracia en la Constitución, dice Carlos Ayres Britto, es un comienzo, medio y fin. En principio, se pone de manifiesto en el artículo 1². Su instrumentación se encuentra en el artículo 2³. Su

¹ Se comprende aquí el ideal republicano no como marca de un régimen de gobierno, como contrapuesto a la monarquía. Se trata de la visión del neo-republicanismo, que se relaciona con la exigencia de virtud cívica.

² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os

finalidad, ámbito de aplicación, se mantiene en el artículo 3 de la Carta⁴. Es valor continente, que repasa su contenido a otras normas constitucionales.⁵

Desde el diseño constitucional, se puede combinar en el reconocimiento de la democracia brasileña las nociones de Ronald Dworkin y Carlos Santiago Nino. Para Dworkin⁶, la democracia requiere, en primer lugar, tratar a los ciudadanos con igual respeto y consideración y la posibilidad de que cada uno tenga sus propios juicios de moralidad personal. La democracia implica una acción colectiva no se debe confundir con acciones individuales, sino que requiere de la conciencia individual de pertenencia al grupo, a quien se le imputa la acción⁷. Por lo tanto, las decisiones del grupo no se forman a partir de la lectura de cada ciudadano, de sus deseos y preferencias, pero de la faceta colectiva de sus intereses,

valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

³ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁵ BRITTO, C. A., “Democracia como princípio, meio e fim. Ponencia” *Jornada jurídica em homenagem ao professor Jorge Miranda: os 20 anos da Constituição Brasileira de 1988*, Brasília, 03 out. 2008.

⁶ DWORKIN, R., *Liberalismo, Constitución y Democracia*, La isla de la luna, Buenos Aires, 2003 [1980/1990]. Mais precisamente no artigo *Igualdad, Democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los estrados*.

⁷ Dicha comprensión se ajusta a la noción de ciudadano de Clèmerson Merlin Clève, no como aquel que puede votar y ser votado, pero “o sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve”, que é ativo, reivindicante (CLÈVE, C. M., *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito*, Acadêmica, São Paulo, 1993, p. 16).

o sea, de su dimensión pública, ligada a su condición de miembro de la colectividad, y no de individuo aislado y singularmente considerado.⁸

Esta lectura es muy adecuada para la democracia constitucional brasileña. Los valores de la igualdad y la libertad, con los principios normativos y las normas constitucionales que los concretizan, demuestran esta idea. No hay un plan de vida buena adoptada por el Estado que excluye los proyectos personales de vida, imponiendo una visión perfeccionista de la sociedad y el ciudadano. Al mismo tiempo, de manera complementaria, la Constitución refleja un contenido republicano, que parte de una comunidad de personas que comparten el mismo pasado y el mismo destino y, por lo tanto, exige la solidaridad y la responsabilidad colectiva por las decisiones. Es decir, la Constitución no tiene una concepción axiológica totalizadora, pero incluye un proyecto para cambiar la realidad⁹.

A dicha idea puede ser agregada la concepción deliberativa de la democracia epistémica de Carlos Santiago Nino¹⁰, también coherente con el texto constitucional. La justificación moral de la

⁸ Conforme explica Daniel Wunder Hachem, "os interesses dos cidadãos expressam-se mediante duas dimensões: (i) uma particular, que corresponde às conveniências exclusivamente pessoais do indivíduo, singularmente considerado (v.g., interesse de não ter o seu imóvel expropriado); (ii) uma pública, representada pelo interesse do indivíduo considerado como membro da coletividade maior na qual está inserido (v.g., interesse do mesmo indivíduo de que exista o instituto da desapropriação, e de que ele seja utilizado quando necessário)". HACHEM, D. W., *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Fórum, Belo Horizonte, 2011, p. 156.

⁹ Para Emerson Gabardo, dicho proyecto contiene una propuesta de felicidad para todos los seres humanos. La felicidad, fundamento político del Estado y finalidad característica del Estado social contemporáneo, debe ser objetivamente considerada (GABARDO, E., *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*, Fórum, Belo Horizonte, 2009).

¹⁰ NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996.

democracia reside en su capacidad de transformar los intereses de la gente de una manera moralmente aceptable, entendiendo la deliberación colectiva como proceso capaz de alterar los intereses individuales¹¹. Dicha configuración democrática requiere que todas las partes participen en la discusión y decisión, de una forma bastante igualitaria y sin coacción, y pueden expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga un tamaño adecuado para maximizar la probabilidad de un resultado correcto; que las mayorías y las minorías se formen a cada asunto discutido y ninguna minoría permanezca aislada; y que los individuos no estén sujetos a emociones extraordinarias¹².

Nino confía en el carácter moral de la democracia, de contenido moral y de los procedimientos deliberativos que también se configuran como morales¹³. Tanto Nino como Dworkin retiran del alcance de las mayorías democráticas parte del conjunto normativo de categoría superior.

La Constitución brasileña de 1988 tiene los contornos de dichas condiciones de la democracia: la configuración de los derechos

¹¹ De ahí proviene su énfasis en el carácter epistémico de la democracia. En Nino, “[l]a democracia tendría un valor intrínseco no por lo que es, sino por lo que permite conocer” (GREPPI, A., “Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino”

(Comp. C. Rosenkrantz; R. L. Vigo) *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara, Ciudad de Mexico: 2008, p. 229-259, p. 242). Dicho entendimiento de democracia aleja la afirmación de Herbert L. A. Hart de que las reglas o principios jurídicos cuyo contenido sea moralmente iníquo puedan ser válidos (HART, H. L. A. “Pós-escrito” H. L. A. Hart in, *O conceito de Direito*, 4ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005 [1994], p. 299-339, p. 331).

¹² NINO, *La constitución ...* op. cit., p. 180.

¹³ Roberto Gargarella defiende la democracia deliberativa, afirmando que ella impone el tratamiento de todos con igual consideración y así favorece la toma de decisiones imparciales, valorando el proceso que antecede la decisión (GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 157-158).

políticos y las libertades políticas, con el sufragio universal y la previsión de instrumentos de participación directa, la adopción de los principios que imponen la igualdad en la competencia electoral, la libertad de la creación de partidos políticos y la garantía de acceso a la radio y a la televisión y a importes públicos, el sistema electoral proporcional y la división federal de atribuciones.

Para la concepción democrática compartida aquí, la participación directa de las personas en la toma de decisiones políticas es obligatoria siempre que posible, para minimizar la distorsión de la representación y los hiatos en el proceso de deliberación¹⁴. Pero no se ignora que los dos componentes principales de la democracia contemporánea son los partidos políticos y las elecciones periódicas¹⁵.

La democracia, apuntan Fátima Anastasia, Carlos Ranufo Melo y Fabiano Santos, “supõe um poder responsivo ao interesse público (dimensão da *responsiveness*) e um poder que é exercido em público e, por consequência, passível de controle público (dimensão da *accountability*)”. Para los autores, tres son los atributos del orden democrática: estabilidad, *accountability* y representatividad.¹⁶

El Derecho y la política están estrechamente relacionados con la moral, no sólo en la aplicación de las reglas de la construcción de propuestas para un razonamiento justificativo¹⁷, sino también en la determinación del contenido del Derecho del Estado, pues la justificación de la Constitución depende de su contenido reflejar los principios morales¹⁸.

¹⁴ NINO, *La constitución* ... op. cit., p. 204-205.

¹⁵ ABAL MEDINA, J., *La muerte y la resurrección de la representación política*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, p. 14.

¹⁶ ANASTASIA, F.; MELO, C. R.; SANTOS, F. *Governabilidade e representação política na América do Sul*, Editora da Unesp, São Paulo, 2004, p. 11 e 15.

¹⁷ NINO, C. S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 87-100.

¹⁸ NINO, *La constitución* ... op. cit., p. 44-45.

La enumeración de los objetivos de la República Federativa del Brasil, en el artículo 3 de la Constitución, apunta a la adopción de principios morales relacionados con la libertad, la justicia, la solidaridad, la igualdad y la dignidad. Del mismo modo el Preámbulo, el artículo 1, el artículo 5 y sus incisos y otras disposiciones constitucionales, que justifican el reconocimiento de la Constitución como norma máxima legal. Existe una moral compartida, pero una moral objetiva, relacionada con los valores públicos, sin que se derivan de la imposición estatal de contenido específico.

La democracia no aniquila el espacio de la autonomía individual. En cambio, lo garante, para permitir que los ciudadanos democráticamente puedan expresarse en el debate político y exponer, o no, sus convicciones personales acerca de cuál debe ser el contenido de la ley e la acción del Estado. La exigencia de la responsabilidad por las decisiones tomadas por la empresa no es una ofensa a la autonomía: es parte del ideal republicano, de la acción colectiva común.

La concepción democrática tampoco abraza todas las opciones y posibilidades individuales. Existen, por tanto, cuestiones que no son – y no pueden ser – puestas bajo el debate democrático. Existen temas que la deliberación democrática no puede tocar porque están más allá del ámbito de la determinación colectiva.

Las prácticas democráticas no garantizan por sí la legitimidad de las decisiones políticas. La decisión no se legitima sólo por el procedimiento legítimo, aunque la atención sobre el método democrático de toma de decisiones políticas sea esencial. Las personas, aunque vinculadas a un ordenamiento jurídico, preservan sus libertades y garantías, una esfera de elección, cuyo contenido y alcance no están sujetos a la deliberación, cuya protección e inviolabilidad son ajenas a las mayorías democráticas.

Así también se configuran las decisiones políticas estructurantes en la constitución de un Estado democrático. Estas disposiciones constitucionales estructurales que establecen de forma democrática y con contenido democrático la organización del Estado y de los órganos de soberanía, las tareas estatales, el

estatuto de los derechos y garantías y los principios de la competencia democrática, garantizan y fortalecen la democracia. Deben ser protegidos de las mayorías eventuales, pues son compartidas por los miembros de la sociedad y reflejan los ideales comunes.¹⁹

Dicha noción permite combinar los tres elementos del constitucionalismo en un sistema de apoyos recíprocos. El proceso democrático, el respeto a los derechos individuales y la preservación de la práctica jurídica no se encuentran en tensión, sino se complementan y fortalecen: un debate moral, base del proceso democrático, presupone la autonomía, la inviolabilidad y la dignidad, y genera una constitución ideal de derechos densa, lo que permite maximizar el valor epistémico de la democracia; así también la protección a la práctica constitucional garantiza la eficacia de las decisiones democráticas y asegura los derechos reconocidos por esta práctica y por las decisiones; y la discusión colectiva y el respeto a los derechos generan un consenso que promueve la práctica constitucional.²⁰

La propia Constitución conlleva dichos elementos, lo que permite, y en cierta medida impele, un constitucionalismo así concebido. Las condiciones normativas ya están puestas en la Constitución. Si eso todavía no encuentra eco en la realidad, es por falta de identificación del autor con su obra, del pueblo con su Constitución y la mala percepción de la función normativa del texto constitucional.

La democracia constitucional brasileña no se caracteriza simplemente por la identificación con la voluntad de la mayoría.²¹

¹⁹ Ibid., p. 45, 51 e 64.

²⁰ NINO, *La constitución ...* op. cit., p. 296-303. Así también para Ronald Dworkin, que ve en su concepción *communal* de democracia la armonía entre la exclusión de determinadas materias de la arena política y la democracia (DWORKIN, *Liberalismo ...* op. cit., p. 78).

²¹ Stephen Holmes afirma que la democracia no se identifica con la imposición de la voluntad mayoritaria, pero se revela como el gobierno por discusión pública, constituida por el disenso público. La voluntad

A pesar de adoptar la regla de la mayoría en los casos de decisiones políticas sujetas al debate público, la Constitución no se contenta con este mecanismo. Parte de una democracia incluyente, como lo demuestra el principio de pluralismo político (y el pluripartidismo de ahí resultante) y la adopción de un sistema electoral proporcional, que impone la coexistencia de diferentes formas institucionales de pensamiento y asegura un espacio político efectivo para las concepciones no hegemónicas de vida.

La democracia brasileña demuestra que es capaz de llevar a cabo sus promesas deliberativas. Para Favila Ribeiro, la noción de democracia vinculada a la participación requiere de “um direito de se fazer ouvir e com uma possibilidade real de acolhimento da opinião exposta”, bajo pena de configurar “um compromisso falacioso e de uma ignóbil fraude nos enunciados políticos”.²² La Constitución brasileña así establece el régimen democrático, permitiendo la participación de las minorías en el debate político y en las instituciones, promocionando la convivencia de discursos disonantes sobre lo que está más allá de los principios estructurales del Estado brasileño.

Además de este aspecto fundamental de determinar la forma de vida de la sociedad brasileña y de los límites del gobierno y el propio sistema jurídico, la democracia se refleja también en un principio jurídico.

Para Manuel Aragón, el principio democrático actúa como principio material y como principio estructurante: la democracia material es complementada con la democracia procedimental. Es

democrática – y, por lo tanto, soberana – es la que deriva de un debate robusto y abierto, en el cual la oposición tenga participación efectiva en la defensa de sus puntos de vista (HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia” (Orgs. J. Elster; R. Slagstad). *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de Mexico, 1999 [1988], p. 217-262, p. 254-255).

²² RIBEIRO, F., *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa*. ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990, p. 14-58, p. 16.

el principio más fundamental de todos,²³ y es, al mismo tiempo, un principio sobre la Constitución (que “juridifica” la democracia y exige procedimientos democráticos para su alteración), un principio jurídico de la Constitución (que “juridifica” el poder constituyente y la soberanía popular, con connotación procedimental) y un principio jurídico en la Constitución (donde actúa como principio de legitimidad, de carácter material – en relación a los derechos fundamentales – y estructural – cuando se refiere a la división de los poderes, a la composición y elección de los órganos representativos –, revelando-se soporte de validez de la Constitución y núcleo de comprensión del texto constitucional y directriz del ordenamiento jurídico).²⁴

Sigue Aragón afirmando tres áreas de la eficacia jurídica del principio democrático: el principio actúa como un vector en el desarrollo de la Constitución y en la interpretación de la ley como un principio general-global; como principio general-sectorial, como corolario del principio general-global, también orienta la interpretación y sirve como una razón para excluir las normas contrarios;²⁵ y, en su aplicación a organizaciones no públicas,

²³ Según Carlos Ayres Britto, el principio de la democracia es un megaprinipio, el valor-de-los-valores, el valor-síntesis de la Constitución (BRITTO, C. A., *Teoria da Constituição*, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 181-186).

²⁴ ARAGON, M., “La eficacia jurídica del principio democrático” *Revista Española de Derecho Constitucional*, a. 8, v. 24, p. 9-45, sep./dec. 1985, p. 29-31. El autor resalta la imbricación entre forma y contenido democráticos, la dimensión instrumental y la dimensión substantiva de la democracia: “La dimensión material de la democracia incluye, inexorablemente, a los dos valores materiales que la Constitución proclama (libertad e igualdad), sin cuya realización (siempre inacabada y siempre en tensión, pero que siempre también ha de ser ‘pretendida’) no alcanzan efectividade las garantías procedimentales u organizativas, o, si se quiere, la dimensión estructural de la democracia” (p. 32).

²⁵ En ese punto Manuel Aragón se refiere a la Sentencia n° 32/85 del Tribunal Constitucional Español, que, en su fundamento jurídico 2, extrae del principio del pluralismo democrático la necesaria composición proporcional de las comisiones informativas municipales para el resguardo de los derechos de las minorías, acentuando la posibilidad de

como partidos políticos y sindicatos, el principio se manifiesta en su dimensión estructural, pero no impone a los particulares su dimensión material.²⁶

Esta última noción es incompatible con una interpretación más amplia de los principios estructurantes y fundamentos del orden constitucional. Partidos políticos o sindicatos u otras organizaciones privadas que cumplen función pública pueden eludir la observancia plena del contenido del principio democrático – a dichas asociaciones también se extiende a realización de los valores de la libertad y la igualdad. Es la eficacia horizontal del principio democrático en su totalidad.

La lectura del principio democrático, considerado jurídicamente, se identifica para Jorge Reis Novais, con la premisa mayoritaria (“legitimação do título e exercício do poder político a partir da livre escolha maioritária do eleitorado”) y la de “parceria” (“a todos os cidadãos é dada a oportunidade de se constituírem em parceiros activos e iguais de um autogoverno colectivo”). Las premisas deben ser combinadas, de manera que no siempre prevalece la decisión de la mayoría y que las más débiles posiciones no sean simplemente opuestas a la mayoría, pero que tengan garantizada su elección de estilo de vida personal.²⁷

Este punto de vista es totalmente coherente con los contornos constitucionales de la democracia brasileña, y con las concepciones de Ronald Dworkin y Carlos Santiago Nino. Una democracia que presupone la libertad y la igualdad, cuya sociedad comparte valores comunes, pero sin imponer concepciones particulares de vida, que incorpora una noción de solidaridad, sin destruir la autonomía de los ciudadanos.

proyección normativa de dicha dimensión del principio democrático por el Poder Legislativo y por el Poder Judicial (Ibidem, p. 35).

²⁶ Ibid., p. 33-36.

²⁷ NOVAIS, J. R., *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra, 2006, p. 32-35.

Dicha digresión sobre los contornos de la democracia es fundamental para comprender su aplicación práctica en diferentes ámbitos. En el campo electoral, la igualdad constitutiva de todo régimen democrático se revela más exigente.

II. LA MÁXIMA IGUALDAD EN LA COMPETICIÓN ELECTORAL Y LA EXIGENCIA DE NEUTRALIDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LAS CAMPAÑAS

El principio constitucional de la máxima igualdad en la disputa electoral es el cuarto principio estructurante del derecho electoral brasileiro. Y es casi intuitivo ante los principios republicano y democrático, además de estar presente en las configuraciones legales y constitucionales de las reglas de la disputa electoral. No obstante, es todavía lo que más se muestra ofendido en la práctica política brasileira.

Dicho principio es lo que determina una elección libre y justa, a partir de un proceso sin abusos y máculas. La democracia, como aduce John Hart Ely, cualquier que sea su definición, tiene como elemento central la igualdad política, que debe reflejar en el valor del voto, en la representación (como ya visto) y también en la disputa electoral.²⁸

En Brasil, la preocupación con la desigualdad en la competición viene desde el Imperio, con la previsión de incompatibilidades. Se debe resaltar que el principal golpe normativo al principio ha venido desde el poder de reforma de la Constitución. La Enmienda n° 16/1997 a la Constitución atingió gravemente el principio, al permitir, en flagrante ofensa a la historia republicana brasileira, la reelección de los jefes del Poder Ejecutivo.²⁹ Dicha

²⁸ ELY, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* Harvard University Press, Cambridge, 1980, p. 122-123.

²⁹ BARRETO, L., *Reeleição e continuísmo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998, p. 3; ROCHA, C. L. A., “O processo eleitoral como instrumento para a democracia”. *Resenha Eleitoral [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina]*, Florianópolis, v. 5, n.1, p. 65-83, 1998; y TORELLY, P. P., *A*

“Emenda materialmente inconstitucional”³⁰ ha hecho peor al no imponer la necesidad de renuncia para concurrir al mismo cargo, creando una situación donde cofúndense el jefe de Estado y de la Administración y el candidato.

Celso Antônio Bandeira de Mello apunta que la propuesta original de reelección imponía el alejamiento del cargo para la campaña y que la posibilidad de permanencia – refrendada posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal en liminar en la acción directa de inconstitucionalidad 1805-1, juzgada el 26 de marzo de 1998 – significaría una inversión en el principio de igualdad entre los competidores, conllevando a “inculcar imbecilidade à norma jurídica”, “o mais rematado absurdo, a mais completa inconsistência, a mais radical estultice, a mais cabal incongruência da Lei Magna”.³¹

Vale subrayar que el derecho electoral brasileño presupone la mala fe de los agentes públicos y de los candidatos, como lo comprueban dispositivos constitucionales y legales. La inelegibilidad por parentesco, la prohibición original de la reelección, los plazos de alejamiento para concurrir, la reserva de ley complementar tratando de inelegibilidades con el elenco de los bienes jurídicos protegidos, la previsión de conductas vedadas a los agentes públicos, las inelegibilidades y las incompatibilidades infra-constitucionales revelan dicha presunción.

Es en relación, primordialmente, al principio constitucional de la máxima igualdad en la disputa electoral que se fundamentan las inelegibilidades innatas y las incompatibilidades. Se busca

substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008, p. 208 y 230.

³⁰ BONAVIDES, P., “A salvaguarda da democracia constitucional”. (Org. A. G. M. Maués) em, *Constituição e Democracia*, Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 245-260.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A., “Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo”. *Revista Trimestral de Direito Público*, núm. 18, 1997, p. 5-14.

garantizar el equilibrio en el pleito por el impedimento de concurrir a las elecciones y por la imposición del alejamiento de una posición de ventaja. La mayor parte de las inelegibilidades – llamadas inelegibilidades conminadas – deriva de un comportamiento desvalorado socialmente y se caracteriza como sanción. Dichas inelegibilidades (como las de la Ley Complementar nº 135/2010, que tienen un carácter francamente punitivo) están más próximamente relacionadas al principio de la autenticidad electoral.

Otro punto, extremadamente sensible para las democracias de índole liberal, es la tensión entre la libertad de expresión y la igualdad en la disputa. Si tratar de límites a la libertad de expresión é siempre complicado, las restricciones se imponen en el proceso electoral ante a su naturaleza republicana. No es suficiente la actuación del Estado en proteger la libertad, hay que se asegurar la efectiva participación de todas las voces en el debate político.

En el sistema constitucional brasileiro es necesario ver la libertad de expresión bajo un enfoque republicano, no como un mercado libre de ideas³² o como manifestación de la autonomía individual, pero a partir de su comprensión volteada, como afirma Owen Fiss, a su finalidad en el régimen democrático: fortalecimiento del debate público e intensificación de la autodeterminación colectiva.³³ Con Carlos Santiago Nino, la actuación del Estado para la promoción del debate público y robusto es exigencia de una democracia deliberativa.³⁴

Así se sostiene la regulación de la propaganda electoral y el acceso a los medios de comunicación. Ya se argumentó sobre la inconstitucionalidad de la distribución del tiempo de los partidos y

³² SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó., *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 234-244.

³³ FISS, O. M., “Free speech and social structure”. *Yale Law School*. 1986. Disponible en: www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm. Accedido en 5 de marzo de 2013.

³⁴ NINO, *La constitución ...* op. cit, p. 224.

de los candidatos en la radio y en la televisión con base en una cláusula de desempeño. Hay que se resaltar, aún, que el dominio de determinados grupos en relación a los medios de comunicación social puede bloquear la comunicación de los otros, lo que cobra, para Jônatas Machado, la corrección de las desigualdades comunicativas, a partir de los principios de la libertad, de la igualdad, de la justicia y de la reciprocidad.³⁵ Y, aún, el “efecto silenciador de la libertad de expresión”, resaltado por Owen Fiss, que deriva del contenido o de la diferencia social entre los grupos o individuos, y calla otros discursos.³⁶

La regulación de la propaganda, sin embargo, no puede servir para aniquilar el derecho, con excesos en su limitación o su prohibición amplia, lo que llevaría a una ventaja para el partido o candidato ya conocido. Tampoco parece posible la regulación en ámbito municipal de campañas estatales (o en ámbito estadual de una campaña nacional) como apunta Guilherme de Salles Gonçalves.³⁷

Otro problema sin solución en el escenario brasileño, que será tratado enseguida, es la utilización indebida de la publicidad o propaganda institucional para la promoción de individuos o de grupos políticos. Dicho tema se aproxima de la cuestión del abuso de poder político en la disputa electoral, otro elemento que desequilibra la disputa electoral. Aquí se impone la neutralidad del poder público, que no puede beneficiar o perjudicar ningún de los contendientes. Al contrario del poder económico, cuyo uso es permitido siendo vedado su abuso, en relación al poder político cualquier uso es, por sí, abusivo. No cabe aquí hablar en potencialidad o gravedad de las circunstancias. La noción de

³⁵ MACHADO, J. E. M., *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra, 2002, p. 18 y 89-90.

³⁶ FISS, O. M., “El efecto silenciador de la libertad de expresión” *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1996, abril, p. 17-27.

³⁷ GONÇALVES, G. de S., “A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o ‘dever’ de respeito às posturas municipais” (Coord. G. de S. Gonçalves; L. F. C. Pereira; C. L. Strapazon) em, *Direito eleitoral contemporâneo*, Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 205-241, p. 208.

función y los principios de la Administración pública, sumados a las conductas vedadas por la ley electoral, evidencian que la prohibición es absoluta.

Finalmente, se coloca la cuestión del abuso do poder económico como elemento ofensivo a la máxima igualdad en la disputa electoral. La decisión legislativa por el modelo mixto de financiamiento de partidos y campañas electorales establece límites para aportes de personas físicas y jurídicas, además de un sistema bastante frágil de fiscalización de cuentas.

Aún que se revele justificable el aporte de dinero público ante la función de los partidos y da importancia de la disputa electoral en la configuración de la democracia, su división no puede ofender ni el principio de la máxima igualdad y de la necesaria participación de las minorías. No puede representar, con Joaquim José Gomes Canotilho, una cláusula de diferenciación o un “prêmio ao poder” y “uma tentativa camuflada da redução externa partidária e do próprio espectro político”.³⁸

No parece posible, sin embargo, adoptar el financiamiento público exclusivo ante la dimensión de la autonomía personal involucrada en la posibilidad de contribuir, aunque de manera regulada y limitada, para el desarrollo de un proyecto político. Eso no se aplica, pero, a las personas jurídicas que, a mi juicio, no tienen dicha autonomía. Un cambio indicado para disminuir las desigualdades podría ser la determinación de un límite máximo (y no relativo) para las donaciones, para que el poder económico no pueda desequilibrar por si la disputa.

En relación a la tenue fiscalización prevista por la Ley de las Elecciones, que incluye rendiciones parciales de cuentas sin indicación de donadores y no vinculantes – o sea, absolutamente inútiles –, no puede haber “ponderación” en su aplicación que, por veces, vacía los pocos comandos normativos capaces de cohibir las conductas indebidas. Como afirma W. J. M. Mackenzie, “*es más fácil perseguir por razón de inobservancias técnicas que por delitos*

³⁸ CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 312-313.

substantivos” y como la legislación electoral brasileña contiene exigencias formales, “*tan solo se necesita probar la sencilla proposición de que el dinero se ha gastado, no la obscura proposición de que se haya hecho de él un uso inmoral*”. Así, “*la vigilancia y control por las autoridades públicas o por los partidos entre sí se simplifican muchísimo*”.³⁹ Y es la única manera de aplicar la ley.

En un sistema informado por el principio democrático, fuertemente determinado por la igualdad en la competencia electoral, se exige la absoluta neutralidad de los poderes públicos en las campañas.⁴⁰ La actuación de los agentes públicos no debe escapar del régimen jurídico administrativo, con sus contornos constitucionalmente establecidos.

Resalta Romeu Felipe Bacellar Filho que “a finalidade pública está comprendida no princípio da impessoalidade administrativa” y que la Constitución, en el párrafo 1º del artículo 37,⁴¹ establece un comando inequívoco de impersonalidad. Para el autor, “[o]

³⁹ MACKENZIE, W. J. M., *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962 [1958], p. 169.

⁴⁰ Conforme SÁNCHEZ MUÑOZ, *La igualdad ...* op. cit., p. 281 e siguientes. El autor resalta que están incluidas en la prohibición las campañas de incentivo al voto promocionadas por los poderes públicos: “*la campaña institucional, para ser compatible con el principio de libertad de la emisión del voto, debe estar dirigida únicamente a combatir la abstención de carácter técnico, que puede tener su origen, entre otros motivos, en la falta de información, pero en ningún caso a combatir la abstención basada en motivos políticos, que constituye una postura política legítima amparada por la Constitución*” (p. 288).

⁴¹ Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

administrador que transgrida este precepto convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa”.⁴²

El legislador brasileño, en obediencia al principio de la igualdad en la elección, corolario de las exigencias democráticas y republicanas de la competición democrática, y a los principios de la Administración Pública, adopta un conjunto de restricciones a los detentores de funciones y cargos públicos. Dicha sistemática, en la visión de Fávila Ribeiro, se trata “inegavelmente de uma decapitação da capacidade governamental”, justificada por la necesidad de obstar la utilización del poder público para beneficiar determinado candidato.⁴³

En el campo de la ilegalidad, la voluntad electoral puede ser desviada por el uso del poder político con fines electorales. Ofensa directa a la igualdad entre los candidatos, la inobservancia de la neutralidad de los poderes públicos ultraja el conjunto de los principios de la Administración Pública, lesiona a la finalidad, a la impersonalidad, a la moralidad, y distorsiona las condiciones de la competición electoral.

Óscar Sánchez Muñoz subraya que “la situación de superioridad para alguno o algunos de los competidores derivada del ejercicio del poder político es uno de los factores que, por su especial peligrosidad para la libre formación de la decisión electoral, debe ser limitado y contrarrestado por el ordenamiento para evitar posibles abusos”.⁴⁴

⁴² BACELLAR FILHO, R. F., *Reflexões sobre Direito Administrativo*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 34-35.

⁴³ RIBEIRO, F., *Direito Eleitoral*, Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 282.

⁴⁴ SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “El mandato de neutralidad de los poderes públicos en el proceso electoral como proyección del principio de igualdad de oportunidades entre los competidores electorales. Ponencia” en, *V Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF, 15 y 16 de noviembre de 2012*. Disponible en http://portales.te.gob.mx/seminariointernacional/sites/portales.te.gob.mx/seminariointernacional/files/Oscar%20Sánchez,%20Ponencia-El%20mandato%20de%20neutralidad%20VF_0.pdf

En la Ley de las Elecciones (Ley n° 9.504/1997), el legislador brasileño establece un rol de conductas que son, por presunción legal, tendentes a afectar la igualdad de oportunidades.

En la extensa lista presentada en los artículos 73 y 75 de la Ley de las Elecciones, se encuentran la cesión de bienes públicos; el uso de materiales o servicios costeados por gobiernos o parlamentos; la cesión de funcionarios públicos para campañas; el uso promocional de la distribución de bienes y servicios de carácter social subvencionados por el Poder Público; el nombramiento, la contratación, la admisión, la demisión sin justa causa, la remoción, la transferencia o exoneración de funcionario público o supresión de ventajas en los tres meses que anteceden la elección y hasta la pose de los electos; en los tres meses que anteceden la elección la transferencia voluntaria de recursos, la publicidad institucional y el pronunciamiento en cadena de radio y televisión; el gasto con publicidad institucional superior a los años anteriores; la revisión general de la remuneración de los funcionarios públicos; y la realización de shows artístico pagados con recursos públicos en los tres meses anteriores a la elección. También es prohibido a los candidatos comparecieren a inauguraciones.

Para Francisco de Assis Vieira Sanseverino, las conductas vedadas previstas en el artículo 73 de la Ley n° 9.504/97 son una especie del género abuso de poder político.⁴⁵ En la realidad, el simples uso del poder político es prohibido en la competición electoral – una conducta singular en beneficio de un candidato (o en perjuicio de otro) determina, por sí, el desvío de finalidad.

Las sanciones establecidas son la suspensión inmediata de la conducta y multa al agente. Además, el candidato beneficiado por la cesión o uso de bienes públicos, por el uso de materiales o servicios costeados por los Gobiernos o Parlamentos, por la cesión de empleado público o por el uso de sus servicios, por el uso promocional de distribución gratuita de bienes y servicios

⁴⁵ SANSEVERINO, F. de A. V., O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos, Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2008, p. 43.

costeados o subvencionados por el Poder Público y por la realización de transferencia voluntaria de recursos, por la publicidad institucional prohibida e por pronunciamiento no autorizado en cadena de radio y televisión estará sujeto a la casación del registro o diploma. No se exige contribución para la conducta o anuencia: es suficiente la comprobación del nexo de causalidad.

Resáltese que las excepciones referidas por la ley dan ventajas a los titulares de cargos públicos, como el uso de transporte oficial (aunque se imponga el resarcimiento), el uso de residencias oficiales⁴⁶ y el uso de materiales y servicios que no “excedan las prerrogativas”. Sin embargo, la legislación establece una serie de restricciones, además de expresamente adoptar un concepto amplio de agente público.⁴⁷

Las sanciones referidas a las conductas descritas como infracciones electorales no alejan otras penas cuando también configuren actos de improbidad administrativa, crímenes o infracciones disciplinarias.⁴⁸

⁴⁶ Ambas son objeto de acción directa de inconstitucionalidad (1805-1), aún sin decisión final.

⁴⁷ Dispone el párrafo primero del artículo 73 de la Ley n° 9504/97: “Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional”.

⁴⁸ Francisco de Assis Vieira Sanseverino apunta elementos para reducir la subjetividad del juzgador en la aplicación de las sanciones referentes a las conductas vedadas a los agentes públicos, como “critério objetivo de avaliação a questão da ofensa à igualdade de oportunidades entre os candidatos nas campanhas eleitorais” e a possibilidade de reexame por outro órgão da Justiça Eleitoral (SANSEVERINO, O “uso da ... op. cit., p. 160).

III. EL ESLABÓN FUNDAMENTAL: LA PUBLICIDAD INSTITUCIONAL

El tema de la publicidad institucional⁴⁹ está para allá del ilícito, en un campo gris. La transparencia exigida de la Administración Pública demanda la publicación de los actos, las obras y los servicios administrativos. Sin embargo, con ayuda de las técnicas avanzadas de marketing, los gobiernos parecen más publicitar que publicar, y hacer de la propaganda pública – pagada con dinero público – una campaña electoral permanente.

Asunto que está en la bifurcación entre el Derecho Electoral y el Derecho Administrativo, la publicidad gubernamental es largamente utilizada para promocionar agentes públicos o grupos políticos, alejándose del sentido de publicidad como deber de transparencia para acercarse de la práctica de publicidad como derecho de persuasión. La Constitución brasileña trata del tema de manera muy sencilla; la legislación electoral trata de las restricciones, pero hace falta todavía un marco regulatorio.

La publicidad institucional deriva del deber de transparencia. Su reglamentación se constituye de dispositivos constitucionales – con la previsión del principio de la publicidad, la configuración del contenido de la publicidad institucional, necesariamente de carácter educativo, informativo o de orientación social (artículo 37 §1º),⁵⁰ cuya desconsideración configura abuso de autoridad, según

⁴⁹ Para un análisis más minucioso sobre el tema en la realidad brasileña, véase GABARDO, E.; SALGADO, E. D., “O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea” (Coord. M. C. N. M. Affornalli ; E. Gabardo) in, *Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 149-171.

⁵⁰ § 1º - “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

la Ley de las Elecciones (artículo 74)⁵¹ —, de restricción impuesta por la Ley n° 9.504/97 en los tres meses que anteceden la elección (artículo 73, VI, b) y en relación al montante de gastos (artículo 73, VII) y por el Decreto n° 6.555/08, que afirma los objetivos e indica las directrices de las acciones de comunicación del Poder Ejecutivo Federal. No existe en Brasil una ley específica sobre la publicidad institucional.⁵²

Existe grande dificultad en trazar el límite entre el cumplimiento del principio de la publicidad y la promoción personal del agente público, que posiblemente buscará otro mandato. Dicha cuestión, central en las democracias contemporáneas, agravase cuando se permite la reelección de los jefes del Poder Ejecutivo.⁵³

Lauro Barreto llama la atención para la imposibilidad de caracterizarse, de plano, la propaganda gubernamental como propaganda política, a pesar de su grande influencia en la esfera política. Dicha interferencia en el debate público se hace con la

⁵¹ Art. 74. “Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar n° 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1° do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.” Dicho dispositivo de la Ley Electoral, advierte Francisco de Assis Vieira Sanseverino, atinge apenas los actos realizados durante la campaña electoral (SANSEVERINO, O “uso da máquina ... op. cit., p. 138).

⁵² Óscar Sánchez Muñoz apunta a la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, junto con la ley electoral, como reguladoras de la materia en España (SÁNCHEZ MUÑOZ. Ibid., p. 287).

⁵³ E no solamente en Brasil. Cesar Montufar habla desde Ecuador: “Los canales de información oficial hacia la ciudadanía se limitan casi exclusivamente a la promoción que las autoridades e instituciones hacen de su propia gestión. En muchas ocasiones, esta información está destinada a apuntar los procesos electorales en que muchas autoridades buscan reelegirse” (MONTUFAR, C., “Antipolítica, representación y participación ciudadana”. *Ecuador Debate*, Quito, núm. 62, 2004, agosto. Disponible en: www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm. Accedido en: 03 mar. 2009).

protección de la imposición constitucional, lo que dificulta la represión de su utilización indebida.⁵⁴

La publicidad institucional, resalta Óscar Sánchez Muñoz, es un elemento perturbador de la vida política, que presupone el riesgo de que se convierta en un instrumento de propaganda política y la posibilidad de controle por el gobierno de los medios de comunicación por intermedio de los contratos de publicidad.⁵⁵ Sin embargo, no es posible alejarla, ante la necesidad republicana y democrática de transparencia y de rendición de cuentas.⁵⁶

La legislación brasileña trata del tema en la Ley de las Elecciones (Ley n° 9.504/1997), criminalizando la utilización electoral de la publicidad gubernamental: “O uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR” (artículo 40). Así mismo, dispone que la práctica de las conductas vedadas – entre ellas la difusión de publicidad electoral durante las campañas – configura improbidad administrativa, a ser apurada conforme la Ley n° 8.429/1992 (segundo el artículo 73, párrafo 7°).

No existe un marco regulatorio de la comunicación y las tentativas de establecer un régimen jurídico encuentran fuertes reacciones, principalmente de los grupos económicos que dominan los medios de comunicación. Tras la realización de conferencias y de consultas públicas, existe una plataforma consolidada para la discusión, que dispone que “devem ser definidos critérios

⁵⁴ BARRETO, L., *Manual de propaganda eleitoral*, Edipro, Bauru, 2000, p. 21.

⁵⁵ SÁNCHEZ MUÑOZ, *La igualdad ...* op. cit., p. 285.

⁵⁶ Óscar Sánchez Muñoz hace referencia a una decisión del Tribunal Constitucional alemán que indica un “mandato de especial discreción o cautela” en relación a la publicidad institucional en el período preelectoral (BVerfGE 63, 230 (244)) (Ibid., p. 297).

isonômicos que evitem uma relação de pressão dos governos sobre os veículos de comunicação ou destes sobre os governos. Os critérios para a distribuição dos recursos devem ter como princípio a transparência das ações governamentais e a prestação de informações ao cidadão e levar em conta a eficácia do investimento em relação à visibilidade, à promoção da diversidade informativa e à indução da desconcentração dos mercados de comunicação. A distribuição das verbas governamentais deve ser transparente, com mecanismos de acompanhamento por parte da sociedade do volume de recursos aplicados e dos destinatários destes recursos, e deve levar em conta os três sistemas de comunicação – público, privado e estatal”.⁵⁷

Existe un decreto que dispone sobre las acciones de comunicación del Poder Ejecutivo Federal (Decreto n° 6.555/2008), que enumera los objetivos de la comunicación gubernamental, le apunta las directrices y establece reglas de contratación de servicios de publicidad.

Una propuesta de enmienda a la Constitución del diputado Walter Feldman del Partido da Social Democracia Brasileira busca prohibir la publicidad institucional que no sea de utilidad pública. La idea es vetar la acción de comunicación que tiene como objetivo divulgar informaciones sobre actos, obras y programas de los órganos y entidades gubernamentales, sus metas y resultados.⁵⁸

En la cuestión de la comunicación gubernamental, sin embargo, más que una escasez de leyes, parece faltar respecto a la Constitución y a los principios de la Administración Pública. Con el uso desmedido de recursos públicos para promocionar agentes públicos y grupos políticos, la autenticidad de la formación del voto se ve ultrajada.

⁵⁷ Disponible en <http://www.comunicacaodemocratica.org.br>.

⁵⁸ El texto de la propuesta y su exposición de motivos están disponibles en

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D7BC19C0F4752EE8E923ACA608D07EE3.node1?codteor=1024043&filename=Tramitacao-PEC+211/2012

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL MEDINA, J., *La muerte y la resurrección de la representación política*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.
- ANASTASIA, F.; MELO, C. R.; SANTOS, F., *Governabilidade e representação política na América do Sul*, Editora da Unesp, São Paulo, 2004.
- ARAGON, M., “La eficacia jurídica del principio democrático”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, a. 8, v. 24, 1985, sep./dec.
- BACELLAR FILHO, R. F., *Reflexões sobre Direito Administrativo*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A., “Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo” *Revista Trimestral de Direito Público*, núm. 181997.
- BARRETO, L., *Reeleição e continuísmo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.
- *Manual de propaganda eleitoral*, Edipro, Bauru, 2000.
- BONAVIDES, P., “A salvaguarda da democracia constitucional” (Org.A. G. M. Maués) em, *Constituição e Democracia*, Max Limonad, São Paulo, 2001.
- BRITTO, C. A., “Democracia como princípio, meio e fim. Ponencia” *Jornada jurídica em homenagem ao professor Jorge Miranda: os 20 anos da Constituição Brasileira de 1988*, Brasília, 03 out. 2008.
- *Teoria da Constituição*, Forense, Rio de Janeiro, 2003.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*, Senado, Brasília, DF, 1998.
- CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1999.
- CLÈVE, C. M., *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*, Acadêmica, São Paulo, 1993.
- DWORKIN, R., *Liberalismo, Constitución y Democracia*, La isla de la luna, Buenos Aires, 2003 [1980/1990].
- ELY, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- FISS, O.M., “Free speech and social structure”. *Yale Law School*. 1986. Disponível em:

www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm. Accedido en 5 de marzo de 2013.

- “El efecto silenciador de la libertad de expresión”. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1996, abril.

GABARDO, E., *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*, Fórum, Belo Horizonte, 2009.

GABARDO, E.; SALGADO, E. D., “O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea” (Coord. M. C. N. M. Affornalli; E. Gabardo) em, *Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática*, Fórum, Belo Horizonte, 2012.

GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

GONÇALVES, G. de S., “A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o ‘dever’ de respeito às posturas municipais” (Coord. G. de S. Gonçalves; L. F. C. Pereira; C. L. Strapazzon) em, *Direito eleitoral contemporâneo*, Fórum, Belo Horizonte, 2008.

GREPPI, A., “Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino” (Comp. C. Rosenkrantz; R. L. Vigo) *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Fontamara, Ciudad de Mexico: 2008.

HACHEM, D. W., *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

HART, H. L. A. “Pós-escrito” H. L. A. Hart in, *O conceito de Direito*, 4ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, [1994].

HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia” (Orgs. J. Elster; R. Slagstad). *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de Mexico, 1999 [1988].

MACHADO, J. E. M., *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra, 2002.

MACKENZIE, W. J. M. *Elecciones libres*, Tecnos, Madrid, 1962 [1958].

MONTUFAR, C., “Antipolítica, representación y participación ciudadana” *Ecuador Debate, Quito*, núm. 62, 2004, agosto. Disponible em:

www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm.
Accedido en: 03 mar. 2009.

NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996.

- *Derecho, Moral y Política: Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

NOVAIS, J. R., *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra, 2006.

RIBEIRO, F., “Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa” *ANALIS Do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1990.

- *Direito Eleitoral*, Forense, Rio de Janeiro, 1988.

ROCHA, C. L. A., “O processo eleitoral como instrumento para a democracia” *Resenha Eleitoral [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina]*, Florianópolis, v. 5, núm.1, 1998.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó., *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

- “El mandato de neutralidad de los poderes públicos en el proceso electoral como proyección del principio de igualdad de oportunidades entre los competidores electorales. Ponencia” en *V Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, 15 y 16 de noviembre de 2012.

SANSEVERINO, F. de A. V., O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos, Verbo Jurídico, Porto Alegre, 2008.

TORELLY, P. P., *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.

MENSALÃO: UM ESTUDO DE CASO ACERCA DA CORRUPÇÃO ENQUANTO FENÔMENO POLÍTICO E SOCIAL¹

Ianaíê Simonelli da Silva

Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas
Universidade de Santa Cruz do Sul

Denise Bittencourt Friedrich

Doutoranda do PPGD
Universidade de Santa Cruz do Sul

I. INTRODUÇÃO

A corrupção é um mal nefasto, enraizado na sociedade brasileira desde o período colonial, que ainda hoje prejudica o bem-estar dos cidadãos, afetando investimentos públicos na saúde, na educação, em infraestrutura, segurança, habitação, além de outros direitos fundamentais como à vida, ferindo a Carta Magna, ao passo que aumenta a exclusão social e a desigualdade econômica.

Em termos práticos, a corrupção pode acontecer por diversas formas, porém, alguns são mais banais como desvio de recursos dos orçamentos públicos da União, dos Estados e dos Municípios designados à aplicação na saúde, na educação, na Previdência, em programas sociais e de infraestrutura que, no entanto, são desviados para inúmeras finalidades, dentre as quais se pode citar,

¹ Este artigo é o resultado de pesquisas feitas junto ao Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPQ intitulado Estado, Administração Pública e Sociedade, coordenado pelo Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como decorrência de projeto de pesquisa intitulado Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos. Apresentado no III Congresso Internacional de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo - (REDOEDA), realizado em Coruña, España, entre os dia 29 e 30 de abril de 2013.

o financiamento de campanhas eleitorais, o desvio de condutas de funcionários públicos ou ainda para contas bancárias pessoais em paraísos fiscais e, ainda, a compra de votos de parlamentares para aprovação de projetos de interesse da base governista.

Em termos práticos sabe-se que a corrupção é um dos principais agravantes da desigualdade social por que desvia os recursos públicos, evitando que cheguem aos cidadãos. Além disso, a corrupção restringe o crescimento econômico, pois gera insegurança no setor empresarial e, por conseguinte, afasta novos investimentos ou, ainda constitui formas de concorrência desleal na esfera privado. A corrupção ainda agrava questões relacionadas à segurança pública do país, porquanto, pode estar ligada a outros crimes como tráfico de influência², enriquecimento ilícito, tráfico de armas e drogas, lavagem de dinheiro³, dentre outros.

A Transparência Internacional – ONG mostrou que a corrupção permanece assolando as sociedades ao redor do mundo, por meio do estudo, de Percepções da Corrupção Index 2012, divulgado em

²Art. 332 - Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Brasil. Código Penal. Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de Dezembro de 1940.

³ Lavagem de dinheiro é uma expressão que se refere a práticas econômico-financeiras que têm por finalidade dissimular ou esconder a origem ilícita de determinados ativos financeiros ou bens patrimoniais, de forma a que tais ativos aparentem uma origem lícita ou a que, pelo menos, a origem ilícita seja difícil de demonstrar ou provar. É dar fachada de dignidade a dinheiro de origem ilegal. No Brasil, pode-se consultar: Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998; Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, Decreto nº 2.799, de 08.10.98; Portaria nº 330, de 18 de dezembro de 1998, do Ministro de Estado da Fazenda; Portaria nº 350, de 16.10.02, do Ministro de Estado da Fazenda; Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001.

dezembro, que analisou a situação de 176 países, apontou o Brasil na posição 69ª do *ranking*.⁴

No Brasil, nota-se que o fenômeno corrupção instala-se, sobretudo no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) o que mantém ardente o receio dos cidadãos em relação à política do país.

Nesse sentido, o presente artigo tem por escopo abordar o tema da corrupção enquanto fenômeno político e social a ser prevenido e combatido, com uma breve análise do maior e mais escabroso caso de corrupção política ocorrido no Brasil, um verdadeiro conluio armado pelo alto mando do lulopetismo com a finalidade de enfeitar as instituições, enlaçar os três Poderes, algar a oposição e submeter o país ao comando de um bando incapaz de acolher o convívio dos contrários. O caso mensalão, já teve o julgamento finalizado pelo Supremo Tribunal Federal, porém, resta saber quais os reais efeitos políticos e sociais que o *mensalão* casou na sociedade brasileira.

II. CONCEITOS DE CORRUPÇÃO

O fenômeno da corrupção é um tema de difícil compreensão e definição por abranger múltiplos campos do conhecimento, havendo inúmeros conceitos que esclarecem o que vem a ser esta prática.

Sob o prisma léxico diversos são os significados do termo corrupção, proveniente do latim *corruptione*, dá a ideia de corromper, que por sua vez significa decomposição, putrefação, depravação, desmoralização, devassidão, suborno ou peita, e ainda que suas raízes se insinuam na essência da alma humana, sendo que os atos que a distinguem se encontram ligados a uma fraqueza

⁴ Agência Brasil – Empresa Brasileira de Comunicação: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2012-12-05/brasil-ocupa-69%C2%AA-posicao-em-ranking-de-corrupcao-mostra-estudo>, acessado em 20/01/2013.

moral.⁵ Em suma, a corrupção tanto pode sugerir a ideia de destruição como a de mera degradação, assumindo uma perspectiva natural, como evento efetivamente apurado na realidade fenomênica, ou meramente valorativa.

Por essa razão é que Rogério Gesta Leal explica a dificuldade de sustentação de códigos morais de comportamentos individuais e sociais, devido à conquista de mínimos existenciais conquistados pela Civilização Contemporânea. Para ele, o problema é saber em que medida é possível defender a existência de uma moralidade pública e outra privada a fim de gerar possibilidades de controle de tratamento curativo e preventivo de atos de corrupção.⁶

Entretanto, há anos a corrupção vem sendo atrelada aos atos irregulares de agentes públicos (em sentido amplo) diante da Administração Pública, consolidados na conduta abusiva no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, com intuito de obter ganhos privados e, por conseguinte, prejudicando o patrimônio público.

Inúmeros estudos sobre o assunto confirmam diversos indicativos de corrupção desde os primórdios do país demonstrando como foram perpetrados no decorrer dos anos e a maneira como foram decisivos na construção da administração pública brasileira.

A problemática da corrupção é um tema recorrente que acontece há muito tempo no Brasil, que teve início no período da colonização portuguesa e continua até os tempos atuais numa constante acentuação. Com as modificações estruturais do país, a proclamação da independência em 1822 e a instauração do Brasil República, foram surgindo diversas formas de corrupção, um capítulo particular na história do Brasil.

⁵ FERREIRA FILHO, M. G., “Corrupção e Democracia” (Coords. F. A. Zilveti, S. Lopes) in, *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*, Atlas, São Paulo, 2004, p. 18.

⁶ LEAL, R. G., *Fundamentos filosóficos e políticos do fenômeno da corrupção: considerações preliminares*, NO PRELO.

Raymundo Faoro⁷, ao apresentar a organização administrativa do Brasil Colônia, salienta que os vícios revelados nos funcionários portugueses se ocultam na incoerência entre os regimentos, leis, provisões e a conduta jurídica, com as evasivas do texto em favor do apetite e da avareza, dessa forma pode se dizer que a corrupção administrativa brasileira é uma herança do Período Colonial e desde então assola o país.

Pode se dizer que em uma acepção mais abrangente, corrupção política significa o uso ilegal do poder político e financeiro de organismos ou agências governamentais objetivando transferir renda pública ou privada de maneira criminosa para determinados indivíduos ou grupos de indivíduos ligados por quaisquer laços de interesse comum, pelos governantes, funcionários públicos e agentes privados, por exemplo, negócios, localidade de moradia, etnia ou de fé religiosa.

Sérgio Buarque de Holanda, um dos mais importantes historiadores brasileiros, expõe em uma de suas obras que: *no Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses*.⁸

Nesse sentindo ainda, elucida George Sarmiento que *a corrupção nos setores públicos é um dos males que assolam as nações contemporâneas, mas que no Brasil tem assumido conotações surpreendentes e desalentadoras*.⁹

Considerou Roberto DaMatta que o mal da corrupção está enraizado na cultura brasileira, quando explicou o famoso “jeitinho brasileiro”¹⁰ como uma forma de driblar a demasiada

⁷ FAORO, R., *Os Donos do Poder*, Globo, Rio de Janeiro, 1987.

⁸ HOLANDA, S. B. de, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 1995, p. 146.

⁹ SARMENTO, G., “Aspectos da investigação dos atos de improbidade administrativa” *Revista do Ministério Público: Alagoas*, núm 1, 1999, jan./jun, p. 91.

¹⁰ DAMATTA, R., *O que faz o Brasil, Brasil*, 2ª ed., Rocco, Rio de Janeiro, 1986.

regulamentação, por vezes criadora de proibições apartadas da realidade social.

As práticas corruptivas tornaram-se tão corriqueiras na sociedade brasileira que algumas pessoas avaliam que os casos de apadrinhamento, proteção, nepotismo, favorecimento étnico e religioso, são normais, tamanha é a institucionalização dessa prática.

Sérgio Habib¹¹ explica que a prática do jeitinho brasileiro, é nada mais nada menos que uma modalidade de descumprimento da lei e de corrupção, já institucionalizada no Brasil, como forma de se contornar a intransigência e a impessoalidade de algumas normas, até mesmo da própria lei, quando há algum tipo de interesse, fato esse, que ecoa na administração pública brasileira, instituindo um ambiente facilitador do desrespeito aos princípios que necessitam confirmar a ação do agente a serviço do Estado.

Nesse sentido, a corrupção compreende a perspectiva moral ou ética, que nesse caso é percebida como produto de desvios éticos das pessoas, de maneira que os lugares podem mais ou menos predispostos à corrupção conforme a formação moral e ética dos sujeitos. Portanto, uma solução para encarar o problema da corrupção, seria investir na educação, especialmente, das crianças e adolescentes, e fundamentalmente, na reeducação de agentes públicos e privados, bem como a punição de pessoas envolvidos em atos de corrupção tem muita protuberância, já que tem efeito educativo na repressão de novos atos.

Compreende ainda, a perspectiva institucional, em como origem as conveniências que os arcabouços legais e administrativos proporcionam para a prática de ilícitos. As chamadas lacunas nas leis, ou os regulamentos frouxos e a desorganização do setor administrativo, com processos sem controles, dando margem a atos de corrupção. Para enfrentar a corrupção sob esse aspecto a concentração na prevenção, por meio da identificação das fragilidades e circunstâncias institucionais ou gerenciais que

¹¹ HABIB, S., *Brasil: quinhentos anos de corrupção*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994.

possibilitam a ocorrência dos de delitos corruptivos. Esses aspectos esclarecem a origem da corrupção, enquanto resultado de desvios morais e éticos dos indivíduos ou ainda das vulnerabilidades institucionais, que se complementam e estabelecem que o problema seja enfrentado em sua forma integral.¹²

Para a Professora Rita de Cássia Biason¹³, professora e coordenadora do grupo de estudos e pesquisa sobre corrupção da UNESP, um dos fatores que colaboram para o sentimento de generalização em todos os segmentos da cultura política e social é a subjetividade do entendimento sobre o que é a corrupção, explica que é imperativo apartar o ato em si do chamado “jeitinho”, questiona se o que devemos classificar como inaceitável é o “jeitinho” ou a grande corrupção; ou ainda se o que afeta o sistema democrático é a integridade do sistema político? Indagações como estas servem para percebermos o quanto estamos envolvidos num complexo universo corrupto.

O interessante nesses dados de percepção é que parece haver uma convergência ao mesmo ponto de uma visão muito importante entre os teóricos políticos, que designa a corrupção como *o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensas*¹⁴.

De acordo com os ensinamentos de Mônica Caggiano, *o termo corrupção indica quaisquer ações praticadas de forma camuflada, a partir de uma zona de penumbra, à margem das linhas comportamentais norteadas*

¹² Disponível em: <http://consocial.sp.gov.br/eixos-tematicos/eixo-iv.html>, acesso em 10/12/2012.

¹³ COSTA, R. R., “O mito do Brasil corrupto” *Gazeta do Povo. Caderno G.* 2007. In <http://www.gazetadopovo.com.br/cadernog/conteudo.phtml?id=1277304&tit=O-mito-do-Brasil-corrupto>, acessado em 23/09/2012.

¹⁴ BIGNOTTO, *O povo...*op. cit.

*pela lei e pela moral, sempre com vistas à obtenção de vantagens individuais ou em prol de um grupo, intangíveis pelas vias ordinárias.*¹⁵

O fato é que não existe corrupção sem que exista corruptor ou corrompido, ou seja, de um lado o agente do Estado e de outro um interesse privado. É possível distinguir a corrupção devido a sua abrangência e quantidade de pessoas envolvidas, podendo ser caracterizada como pequena ou grande corrupção. Por exemplo, a primeira envolve um agente público individual e um cidadão, também individual, em torno de algum serviço sob a responsabilidade do agente podendo ser uma propina de pequeno valor, com a finalidade de fazer cumprir ou deixar de cumprir determinado dever. A exemplo, a grande corrupção ocorre, na maior das vezes, em licitações públicas, na etapa de fixação de projetos e na execução física do que se licitou. Têm-se ainda os casos de transferências financeiras subsidiadas, para financiamento de projetos industriais ou agrícolas, bem como a influência sob os regulamentos de agências reguladoras para evitar obrigações recaem nesta categoria.¹⁶

Uma pesquisa realizada pelo CRIP (Centro de Referência do Interesse público) em 2009 evidenciou que a sociedade brasileira avalia que a corrupção apresenta-se como um fenômeno grave ou muito grave de nossa vida pública. O reconhecimento de que a corrupção faz parte de nosso dia-a-dia e que ela dissimula, especialmente, os agentes do Estado indicando que existe no Brasil a consciência dos malefícios decorrentes das práticas corruptas e um repúdio a essas práticas. De acordo com Newton

¹⁵ CAGGIANO, M. H. S., “Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais” *Revista de direito constitucional e internacional*, ano 10, núm. 41, 2002, out/dez, p. 27.

¹⁶ ABRAMO C. W., “Integrante da ONG Transparência Brasil”, em artigo publicado em 2001, intitulado “*Corrupção e responsabilidade Pública*”. Texto-base para o módulo “*Governo e sociedade*”, do curso de “*Introdução à responsabilidade social de empresas*” da Fundação Getúlio Vargas/SP e Instituto Ethos de Responsabilidade Social.

Bignotto¹⁷ essa pesquisa mostra, como o Legislativo é considerado o verdadeiro domicílio da corrupção. Vis-à-vis, a corrupção mostra-se como um fenômeno político e social que necessita de um maior estudo e questionamentos.

III. CORRUPÇÃO: UM FENÔMENO POLÍTICO E SOCIAL

A operação do sistema político brasileiro já passou por algumas modificações desde a democratização, dentre as quais se podem citar a ampliação dos direitos referentes à participação política, a recuperação das prerrogativas do Judiciário, bem como o aumento das formas de relação entre sociedade civil e governo.¹⁸

Além disso, incutiram-se ao cotidiano da democracia brasileira formas híbridas de participação na política, e ainda, por intermédio do Judiciário e Ministério Público passou a existir um controle público das ações do governo. Todo esse aparato de ações mostra um novo período da democracia do Brasil, porém ao passo que se percebe tais melhorias, surge um desafio a se vencer, a corrupção, que é um fenômeno muito grave que assola nosso sistema político.¹⁹

Diversos casos de corrupção marcam o cenário político brasileiro desde os anos 90, pelo menos desde então é que a população passou a tomar conhecimento, tendo em vista a abertura política com o fim da Ditadura Militar e a promulgação da Constituição de 1988.

Imperioso se faz salientar que o governo militar reformou as instituições políticas, ao invés de interromper o funcionamento,

¹⁷ BIGNOTTO, N., “A corrupção e seus atores” *Carta Capital*, 2011. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-corrupcao-e-seus-atores/>>. Acesso em 19/09/2012

¹⁸ AVRITZER, L., “Governabilidade, Sistema Político e Corrupção”, (Orgs. L. Avritzer e F. Figueiras) em, *Corrupção e Sistema Político no Brasil*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2011, pp. 43-62, p. 43.

¹⁹ AVRITZER, “Governabilidade, Sistema...” op. cit., p. 44.

fato este que gerou inúmeras deformidades em nosso sistema político, e que merecem ser referidas por que se mantém até hoje, quais sejam, a mudança da proporcionalidade das representações dos Estados, o acréscimo do número de membros do Congresso e a implantação de critérios políticos na divisão de recursos do orçamento da União.²⁰

Ainda que estas alterações marquem o financiamento do sistema político com recursos públicos, o que facilita atos de corrupção, nem mesmo a Constituição Cidadã conseguiu desfazer tais elementos, um dos motivos da necessidade uma reforma em nosso sistema político.

Esta questão, inclusive, é produzida pela opinião pública que reconhece a corrupção no Brasil como algo peculiar de seu povo e um fator que dificulta o desenvolvimento do país. Assim, o Brasil está passando por um estágio de democratização, porém se depara com um dos maiores desafios para a ampliação da legitimidade e da qualidade da democracia, a corrupção de seus agentes públicos e de suas instituições.²¹

Segundo ressalta Elival da Silva Ramos na política, *a corrupção está associada à persecução de objetivos privados em detrimento do interesse geral*.²² As decisões políticas são tomadas, considerando em primeiro lugar, os interesses de alguns grupos, ou ainda, interesses particulares, recebendo roupagem de interesse público.

Observou Darcy Ribeiro, que na formação do Brasil *houve uma imbricação entre as esferas de poder estatal e privado, ainda que ocasionalmente uma tenha se sobreposto à outra*²³, advertindo que a falta

²⁰ AVRITZER, “Governabilidade, Sistema...” op. cit., p. 44.

²¹ AVRITZER, L. e FIGUEIRAS, F. (org.), *Corrupção e Sistema Político no Brasil*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2011.

²² RAMOS, E. da S., “Ética e política” (Coords. F. A. Zilveti, S. Lopes), in *O Regime democrático e a questão da corrupção política*, Atlas, São Paulo, 2004.

²³ RIBEIRO, D., *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, 2ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 1995, p. 256.

de tradição de impessoalidade no serviço público, pode beneficiar o conflito entre as duas searas, causando facilidades à perpetração da corrupção administrativa.

De acordo com o professor do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Fernando Filgueiras acredita que as causas da corrupção estão na manutenção de um padrão tradicional e personalista de se fazer política no Brasil, e é preciso compreender que o enfrentamento da corrupção é um processo, que começou com a democratização em 1988, e que demanda a construção de instituições sólidas.

Segundo Filgueiras, antes de qualquer coisa a corrupção é um problema político, que desmoraliza a legitimidade bem como a qualidade da democracia, carecendo mais que mudanças na máquina administrativa do Estado, completam que a concepção de público deve estar acima da eficiência da gestão pública, constituindo-se esta, uma ação político-moral da coisa pública, a fim de que as instituições possam compreender o que é ou deve ser público no Brasil.

Além disso, a corrupção suscita efeitos imediatos em diversos setores da vida civil, principalmente, no produtivo, uma vez que restringem a efetividade de políticas públicas voltadas ao mercado, promovendo performances clandestinas e irregulares pelo setor de produção, originando aumento da economia informal com todos os riscos e violações de direitos que acarreta.²⁴

É muito importante para uma sociedade que se empenhe para eliminar, ou diminuir ao máximo, a corrupção, ainda que o fim desse mal não torne a sociedade justa.

Até por que se a estrutura social estiver fundamentada na injustiça, violência e desigualdade, nem mesmo o fim do desvio de recursos públicos seria capaz de acabar com a miséria, uma vez que não é

²⁴ LEAL, R. G., *Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais: causas, consequências e tratamentos*. 2012. NO PRELO.

somente a corrupção que causa o mau funcionamento da administração pública.²⁵

O professor de ética e filosofia política da USP, Renato Janine Ribeiro²⁶ faz uma análise da linguagem corrente no Brasil, atualmente, e verifica uma oposição entre os termos sociedade e social. Conforme sua análise, isso acontece, peculiarmente, no uso por parte de empresários, políticos e jornalistas, para passar por uma distinção profissional. Mas ocorre ainda, por parte dos setores mais à direita, caracterizando politicamente, que se sobrepõe à primeira. Nos últimos anos, o discurso tanto dos governantes quanto dos economistas foi no sentido de "a sociedade" designar o conjunto daqueles que detêm o poder econômico, na medida em que "social" remete, a uma política que busca diminuir a miséria. Portanto, "a sociedade" é ativa, comanda, funciona por si mesma, sem tutela do Estado, correspondendo, na linguagem marxista, ao que se titulariam de classes dominantes.

Confirmando esta situação o então ministro da Fazenda (1993), Eliseu Resende, disse que a maneira de terminar a indexação da economia "seria acertado com a sociedade"; ocasião em que o deputado Delfim Neto assegurava que, *ao contrário, a sociedade ganha 600 milhões de dólares por mês*, contestando à questão de que o atraso na aprovação do Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira teria feito o governo perder US\$ 600 milhões por mês.²⁷

O lema "tudo pelo social" que deveria servir para exprimir a finalidade de amparar aos pobres, por meio de ministérios e agências que amortizariam a miséria absoluta, apenas transmitira uma imagem de franco fisiologismo e clientelismo, política essa

²⁵ MOREL, M.. *Corrupção, mostra sua cara*, Casa da Palavra, Rio de Janeiro, 2012.

²⁶ RIBEIRO, R. J., *A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 2000.

²⁷ RIBEIRO, "A sociedade..." , op. cit., p. 20.

que jamais deixou de ser assistencial, paternalista, opondo-se ao que se entende por cidadania.

Com isso, é possível ter uma ideia de distância entre a sociedade e o social, esse, que por sua vez, lembra as carências e o socorro, que sem extingui-las, apenas as atenua. Logo, o Estado paternalista ao adiar a solução para a miséria, mantém uma hierarquia na sociedade como se fosse ordenada pela natureza, como sendo o placar habitual do jogo das relações sociais de mercado. Pode ser esta a explicação de os órgãos estatais atrelados à assistência ou à caridade serem considerados nada sérios, corporativistas, ou corruptos.²⁸

Entre a sociedade e o social, há ainda, uma batalha interminável, sendo que cada uma refere-se a meios sociais distintos, diferentes pessoas, havendo distinção também no processo produtivo, no acesso a bens, ao mercado e ao mundo dos direitos, uma vez que o social é visto como algo que está relacionado ao carente já a sociedade está associada à eficiência.

Por esse motivo há uma distância entre ambos que se manifestação quase intransponível. Vai além de uma questão de semântica ou gramatical. O fato é que, é impossível o ser objeto da ação social tornar-se parte integrante e eficaz da sociedade. Eis a diferença entre o social e a sociedade, o social, facilmente ludibriado pela mídia, é algo que não poderá se tornar sociedade, que em muitas vezes é a mídia disfarçada.

Ocorre que, esta divergência exibida fora criada pela mídia, por conservadores, políticos, porém não há, atualmente, argumentos que sustentem a chamada “sociedade”, como bem indaga Ribeiro,

Por que aceitar tão facilmente que a forma por excelência de manifestar-se a voz coletiva seja a da economia, que as vozes a considerar sejam as dos "agentes econômicos"? por que aceitar que se exclua o mundo da política, com seu pressuposto

²⁸ RIBEIRO, “A sociedade...”, op. cit., p. 21.

democrático da igualdade? e por que, na economia, supor que só tenha racionalidade para agir quem detém o capital?²⁹

Na atual sociedade democrática o traçado do espaço público se dá pelos discursos conflituosos que o cruzam e o compõem, incluindo àqueles que abordam a política, a economia e a sociedade. Discurso esse, que para Renato Janine Ribeiro, imprime a afirmação de que *a sociedade é ativa enquanto economia, e passiva enquanto vida social*. E ainda, temas como saúde, educação, habitação, transporte coletivo, são remetidos à carência e à passividade, a ponto de serem taxados ao estampilho do fisiologismo e do clientelismo, colocando os profissionais dessas áreas sob suspeita.

O Professor Dr. Rogério Gesta Leal nos lembra de que a relação existente entre os poderes do Estado que está diretamente pautada pela corrupção é àquela entre Executivo e Legislativo, devido à ausência significativa de maioria parlamentar ao governo, o que leva o Executivo brasileiro a constituir inúmeras e constantes transações para chegar a seus objetivos.³⁰

Os casos de corrupção ocorridos no cenário brasileiro desde o período da ditadura militar é altíssimo, contudo, com o retorno dos civis ao poder aumentou, consideravelmente, devido à abertura política e da imprensa, vindo tornando-se manchete em todos os meios de comunicação, pode-se citar alguns casos, como: Projeto Jaíba; Caso Globo – Time; Rodovia Transamazônica; Caso Capemi; Escândalo da Mandioca; Caso Proconsult; Caso Coroa-Brastel; Caso PC Farias, Caso da Pasta Rosa; CPI dos Correios, que desencadeou no caso mais complexo, demorado e calamitoso da história da Suprema Corte Brasileira e da sociedade como tudo, dada a importância desse julgamento, passo a tecer algumas considerações acerca do assunto.

²⁹ RIBEIRO, “A sociedade...”, op. cit., p. 22.

³⁰ LEAL, Os descaminhos..., op. cit., p. 17.

IV. MENSALÃO: O MAIOR CASO DE CORRUPÇÃO DA HISTÓRIA DO BRASIL

O sistema político do Brasil é marcado por incontáveis casos de corrupção, uns com mais repercussão que outros, porém o MENSALÃO, como ficou conhecido o esquema de compra de votos de parlamentares, foi sem dúvida, a maior crise política sofrida pelo governo do presidente Lula em 2005/2006 e que desencadeou em uma ação promovida pelo Ministério Público denominada Ação Penal 470.

1. Processo Administrativo: Da instauração da CPMI ao Relatório Final

O chamado caso Mensalão é considerado o caso mais espetacular da corrupção política no Brasil. O ponto de partida foi a revelação de uma gravação, em que mostrava Maurício Marinho, então funcionário dos Correios, ganhando dinheiro de supostos empresários para fraudar licitações da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Nessa gravação, Marinho expunha ter autorização do deputado federal Roberto Jefferson (PTB-RJ), desencadeando em uma CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito)³¹, com intuito de investigar o escândalo dos Correios – CPMI dos Correios.

³¹ Dentre os instrumentos que são disponibilizados pela Constituição Federal ao Congresso Nacional na função fiscalizadora, estão as Comissões Parlamentares de Inquérito, de acordo com o previsto no título IV, capítulo I, seção VII, artigo 58, da Constituição Federal. A CPI é um instrumento previsto na Carta Magna e utilizado por Deputados Federais e Senadores com a finalidade de apurar um fato determinado, de demasiada relevância e importância à vida pública e à ordem legal, econômica e social do país. As Comissões Parlamentares de Inquérito serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou de forma separada, mediante requerimento de um terço de seus membros. Este é o requisito formal. O requisito substancial é caracterizado pela necessidade de um fato determinado. A comissão deve ter prazo certo para o seu funcionamento e, este é o requisito temporal. Após a observação desses requisitos, quando necessário, devem-se encaminhar as conclusões para o ministério público.

Roberto Jefferson, ex-deputado federal pelo PTB, que era o alvo das denúncias do escândalo abrangendo os Correios, revelou a existência de outro esquema de corrupção envolvendo compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional. Em entrevista à Revista Veja, Jefferson denuncia que, desde 2003, seu partido teria recebido uma oferta para receber mesada de um esquema coordenado por Delúbio Soares, tesoureiro do PT, para votar a favor do governo alguns projetos no Congresso e pago pelo empresário Marcos Valério de Souza, por meio das agências de publicidade SMP&B e DNA, Banco Rural, BMG e Banco do Brasil.

O esquema tinha um mecanismo de funcionamento próprio que se deu da seguinte maneira: com o intuito de ocultar o Caixa Dois³² da campanha do PT – Partido dos Trabalhadores, as

³² Caixa 2 é o caixa onde fica o dinheiro desviado, não contabilizado, e muito menos declarado aos órgãos de fiscalização responsáveis. O superfaturamento nas compras, o subfaturamento de vendas, a não-contabilização das mercadorias vendidas e de parte dos produtos fabricados.

Deixar de declarar um valor, ou declarar um valor menor é crime de sonegação fiscal, previsto na Lei 8.137/1990: Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A banalização do uso do caixa 2 como forma de burlar o grande número de impostos e taxas aos quais os brasileiros são submetidos, faz dessa prática um hábito em todos os âmbitos. Os pequenos comércio (açougues, mercados), sindicatos, prestadores de serviços (advogados, médicos, dentistas) e políticos em suas campanhas fazem uso desse “jeitinho” para escapar dos impostos. O caixa 2 é ainda utilizado pelo crime organizado, na lavagem de dinheiro. A não emissão de nota fiscal pelo estabelecimento comercial, ou a emissão com valor menor ao valor real da venda são sinais da utilização do caixa 2. Porém, em nenhum outro segmento social do país o caixa 2 aparece mais do que no cenário político. A cada campanha política surgem escândalos relativos ao caixa 2

empresas doadoras de verba para campanha ao partido tinham os valores repassados diretamente para uma das empresas de Marcos Valério, o responsável por camuflar os desvios. Com a finalidade de justificar a saída de dinheiro para o PT – Partido dos Trabalhadores, o publicitário pegava empréstimos bancários junto ao BMG, ao Banco Rural ou ao Banco do Brasil e repassava o dinheiro à base aliada do governo ou ao próprio PT. Como o dinheiro das empresas financiadoras era depositado na conta das empresas, Marcos Valério, ele mesmo quitava os empréstimos com tais montantes.³³

Em meio a um cenário conturbado, lideranças da Câmara e do Senado chegam a um acordo para instaurar, uma Comissão Mista, em 20 de julho, *CPMI da Compra de Votos*, requerendo a abertura de uma comissão para *Criada para apurar as denúncias de recebimento de quaisquer vantagens patrimoniais e/ou pecuniárias indevidas por membros do Congresso Nacional, com a finalidade de aprovar as matérias de interesse do Poder Executivo e, as acusações do mesmo teor nas deliberações da Proposta de Emenda à Constituição nº 01/1995, que dispõe sobre a reeleição para mandatos executivos*.³⁴

dos partidos políticos. As “doações” de empresários, (geralmente de dinheiro originado no caixa 2), não são inocentes, são na verdade subornos, que visam benefícios junto ao político com potencial de ser eleito. É, portanto, o início de relações escusas que podem favorecer a uns e prejudicar a outros futuramente, como os favorecimentos nas licitações públicas, por exemplo. Em: <http://www.infoescola.com/economia/caixa-2/>, por Thais Pacievitch, acesso em: 02/02/2013.

³³

Em

http://www.muco.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=470 - Acessado em 20/09/2012.

³⁴ SENADO FEDERAL BRASIL. Relatório Parcial da Comissão Parlamentar Mista De Inquérito, criada através do Requerimento Nº 07, de 2005-CN,” Em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=56343&tp=1> - Acessado em 30/01/2013.

Do relatório³⁵ final datado de 01/09/2005, podem-se tirar alguns pontos principais, tais como o reconhecimento do esquema de pagamento de propina a parlamentares para que eles modificassem de partido ou para que apoiassem o governo nas votações de temas na Câmara dos Deputados. Além disso, o relatório distingue o *mensalão* (compra de apoio parlamentar) do conceito de *Caixa 2* (prática que em entrevista na França, o então presidente Lula disse ser ‘normal’), porém essa prática de não declarar à Justiça Eleitoral parte das doações recebidas para campanhas eleitorais é crime financeiro, trata-se de instrumento utilizado para sonegação fiscal, além de ser uma agressão à sociedade brasileira é ainda, um entrave ao desenvolvimento social.

Quanto aos indiciamentos, o relatório indica ao Ministério Público o indiciamento de mais de cem pessoas, dentre as quais, os ex-ministros José Dirceu e Luiz Gushiken, os empresários Marcos Valério Fernandes de Souza e Duda Mendonça, o senador Eduardo Azeredo (PSDB-MG), os ex-integrantes da cúpula petista José Genoíno, Delúbio Soares, Sílvio Pereira e Marcelo Sereno. Deixando a sugestão de indiciamentos para mais 18 deputados ou ex-deputados acusados de receber *mensalão* e várias pessoas ligadas às fraudes sucedidas nas estatais e nos fundos de pensão.

Um elemento importantíssimo constante no relatório é com relação aos valores movimentados, cuja captação de recursos era coordenada pelo publicitário Marcos Valério Fernandes de Souza que teria movimentado mais de R\$ 2 bilhões entre 1997 e 2005. Para se chegar a esse valor, foram analisados 20 milhões de operações bancárias. Já com relação às fontes dos recursos, haveria dinheiro público e privado no esquema de Marcos Valério. As fontes seriam, entre outras, a Visanet (empresa que tem o Banco do Brasil entre seus sócios), a Brasil Telecom, a Usiminas e os bancos Rural e BMG.

³⁵ SENADO FEDERAL BRASIL. Relatório... op. cit.

Outros três dados foram apresentados no relatório, um com relação às Estatais, trazendo muitas informações sobre os esquemas de corrupção que funcionavam nos Correios e no IRB, prejudicando, especialmente, as licitações realizadas por essas empresas, outro, pertinente aos fundos de pensão, que foram identificados milhões de reais referentes a perdas nos investimentos realizados por 14 fundos de pensão exibindo a constatação de influência político-partidária nessas operações. E, finalmente, as Furnas, cuja conclusão ocorreu falsidade da listagem que contém nomes de mais de 150 políticos que supostamente teriam recebido propina proveniente de um *Caixa Dois* gerido pelo ex-diretor da empresa Furnas Centrais Elétricas, Dimas Toledo.³⁶

Lembro que na época, todas as emissoras de televisão, rádios, jornais e revistas veiculavam matérias e reportagens sobre o assunto, a população ficou em polvorosa, algumas pessoas acreditavam, inclusive, que o então presidente Lula sofreria processo de impeachment, porém isso não ocorreu. Um dos motivos foi que o relatório isentou o presidente Lula de *responsabilidade objetiva* no conjunto de ações que se acordou chamar de *mensalão*. Contudo, o texto assegura poderia ser cobrada *responsabilidade subjetiva* do presidente, sendo que ele teria percebido que havia alguma “anormalidade” no processo de formação da maioria parlamentar.³⁷

Ademais, somente um ano após a deflagração do esquema, a denúncia chegou ao Supremo Tribunal Federal - STF, acendendo a esperança do povo brasileiro de que o caso teria fim, ou um julgamento.

O jornal Estadão divulgou, em julho de 2012, o fluxo do mensalão segundo a denúncia recebida pelo Supremo Tribunal Federal, para a Procuradoria, o dinheiro saía de órgãos públicos e

³⁶ SENADO FEDERAL BRASIL. Relatório... op. cit.

³⁷

Em

http://www.muco.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=73, acessado em 23/09/2012.

privados, passava pelas empresas de Marcos Valério e, em seguida, era sacado por parlamentares da base aliada do governo. O núcleo político respondia pela compra de apoios e financiamento ilegal de campanha. O “chefe” de núcleo seria o ex-ministro da Casa Civil José Dirceu, mas o esquema também incluía os ex-dirigentes petistas José Genoino e Delúbio Soares. Os recursos que mantiveram o esquema decorreram de diversos bancos e instituições.

O Banco Rural emprestou R\$ 32 milhões para o PT e agências de Marcos Valério, a Procuradoria acredita que os empréstimos eram fachada para dissimular o desvio de recursos públicos pelo esquema petista. O Banco BMG emprestou R\$ 31,6 milhões para o PT, para agências de Marcos Valério e para o escritório do advogado Rogério Tolentino, sócio do publicitário mineiro, a Procuradoria também acredita que os empréstimos eram fachada para disfarçar o desvio de recursos públicos. O fundo privado do Banco do Brasil, FUNDO VISANET ‘cobrou’ R\$ 73,9 milhões por um contrato de publicidade com a DNA, agência de Marcos Valério; porém a prestação de serviço nunca foi comprovada. Do Banco do Brasil saiu o montante de R\$ 2,9 milhões; a DNA teria se apropriado indevidamente de um valor referente ao “bônus de volume”, que é uma gratificação paga pelos meios de comunicação por propaganda veiculada. No contrato da Câmara dos Deputados (R\$ 1,1 milhões) com a SMP&B, a Procuradoria acusa a agência de desviar recursos, já que Marcos Valério não comprovou o uso do dinheiro em peças publicitárias.

E para onde foi o dinheiro? O PT - Partido dos Trabalhadores também contraiu empréstimos com os dois bancos. Segunda a Procuradoria-Geral da República os empréstimos foram forjados para legalizar um esquema de desvio de recursos públicos a fim de assegurar votos no Congresso na aprovação de propostas de interesse do governo. O PT - Partido dos Trabalhadores sustenta que os empréstimos foram lícitos e serviram para pagar dívidas da campanha de 2002. Porém o que se sabe é que o *valerioduto*³⁸ foi

³⁸ Esse foi o apelido dado ao conjunto de contas bancárias, pertencentes ao empresário Marcos Valério, para as quais se desviava dinheiro

montado pelo publicitário Marcos Valério com o mesmo modelo de desvios do mensalão mineiro, que teria acontecido em 1998. Três agências publicitárias foram utilizadas – esse conjunto de contas bancárias foi utilizado para desviar dinheiro público e depois para pagar parlamentares em troca de apoio ao governo.

Finalizado o Relatório e encaminhado ao Mistério Público Federal após analisá-lo decidiu instaurar inquérito para averiguar os fatos e denunciar ou não as pessoas apontadas no relatório da CPMI da compra de votos parlamentares.

2. Da denúncia do Procurador-Geral da República

A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público Federal em 2006, por meio do então procurador-geral da República Antonio Fernando Souza, contra 40 réus. Na denúncia do procurador-geral da República, disse que o mensalão foi uma ação de ‘organização criminosa’,

Os denunciados operacionalizaram desvio de recursos públicos, concessões de benefícios indevidos a particulares em troca de dinheiro e compra de apoio político, condutas que caracterizam os crimes de quadrilha, peculato³⁹, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, corrupção e evasão de divisas^{40,41}

público, depois usado para pagar parlamentares em troca de apoio político ao governo; rede de distribuição de dinheiro público para os mensaleiros.

³⁹ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. BRASIL. Código Penal. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de Dezembro de 1940.

⁴⁰ A evasão de divisas é um crime financeiro por meio do qual se envia dinheiro para o exterior de um país sem declará-lo nem pagar os devidos impostos. BRASIL. LEI No 7.492, DE 16 DE JUNHO DE 1986. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 de junho de 1986.

Essa acusação é parte do inquérito sobre o escândalo do mensalão, onde o procurador-geral da República denunciou, em 11 de abril de 2006, ao Supremo Tribunal Federal – STF, com essa denúncia os resultados da CPI dos Correios foram confirmados.

Conforme o entendimento do procurador, *todas as imputações feitas pelo ex-deputado Roberto Jefferson ficaram comprovadas*.⁴² As averiguações evidenciaram o *loteamento político dos cargos públicos em troca de apoio às propostas do governo, prática que representa um dos principais fatores do desvio e má aplicação de recursos públicos, com o objetivo de financiar campanhas milionárias nas eleições, além de proporcionar o enriquecimento ilícito de agentes públicos e políticos, empresários e lobistas que atuam nessa perniciosa engrenagem*.⁴³

No decorrer das 136 páginas da peça o Procurador-Geral da República esmiúça o esquema do mensalão, descrevendo as atividades de cada pessoa, entidade e instituição envolvidas no esquema, movimentações de dinheiro, transações, irregularidades, recebimento de comissões sem a correspondente prestação de serviços, sobrepreços na aquisição de bens, falsificação de cotação nos preços de serviços subcontratados, pagamento por serviços não-realizados, bem como apresentação de propostas fraudulentas, para justificar a subcontratação de serviços.

Segundo a denúncia, a *sofisticada organização criminosa era dividida em setores de atuação, e se estruturou profissionalmente para a prática de crimes como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa*⁴⁴, *gestão fraudulenta,*

⁴¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Inquérito nº 2245/2006. Denúncia, p. 10.

⁴² MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Inquérito... op. cit., p. 9.

⁴³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Inquérito... op. cit., p. 6,7.

⁴⁴ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei No 2.848, De 7 de Dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de Dezembro de 1940.

além das mais diversas formas de fraude. Os réus foram repartidos em grupos, sendo que, o ex-ministro da Casa Civil José Dirceu, o ex-tesoureiro do PT Delúbio Soares, Sílvio Pereira e o ex-presidente do PT José Genoino foram o primeiro grupo, que, para afiançar o plano de poder do PT, instituiu um esquema para comprar “suporte político” de outros partidos e garantir o financiamento de suas campanhas eleitorais.

Para que o plano fosse possível, o primeiro grupo acoplou-se ao *núcleo publicitário*, comandado pelo *até então obscuro empresário Marcos Valério*. A *quadrilha* (assim denominada na peça acusatória) de Valério ofereceria seus *préstimos* para em contrapartida receber vantagens patrimoniais no governo federal. Com a finalidade de assegurar o suporte financeiro ao esquema, aliou-se ao terceiro grupo, composto pelos executivos do Banco Rural Kátia Rabello, José Roberto Salgado, Vinícius Samarane e Ayanna Tenório. Os *mecanismos criminosos* (denominação da denúncia) proporcionados ao PT já eram praticados em Minas Gerais, segundo a denúncia do Procurador-Geral da República, sobretudo desde o governo do hoje deputado Eduardo Azeredo (PSDB-MG), que responde a outra ação também em tramitação no Supremo.

E no dia 7 de março de 2006, o Procurador-Geral requereu a prisão preventiva de 14 dos 40 denunciados, ao Supremo Tribunal Federal, porém o ministro Joaquim Barbosa, negou o pedido. Dois meses depois o Procurador-Geral tornou a requerer as prisões preventivas, mas, novamente, o pedido não foi aceito.

Meses depois a denúncia fora protocolizada na Corte Suprema, dando início à fase judicial da Ação Penal nº 470, fase que passo a descrever.

3. Processo Judicial: O julgamento do Mensalão pelo Supremo Tribunal Federal

Já se podia imaginar, entretanto, que na maior casa de Justiça do país, as prorrogações seriam frequentes e o processo judicial se arrastaria por longos anos, e foram sete anos até o começo do julgamento que teve 53 sessões em quatro meses e meio de duração.

Passados sete anos da denúncia dos fatos e cinco depois de o processo ter começado, no dia 02 de agosto de 2012 teve início no Supremo Tribunal Federal o julgamento da Ação Penal nº 470, conhecida popularmente, como mensalão, o caso mais importante da história da corte desde a redemocratização, além de ser de suma importância para o fortalecimento da democracia brasileira.

E como bem manifestou Merval Pereira, *num país em que, de maneira geral, políticos não vão se quer a julgamento, 38 réus ligados direta ou indiretamente ao governo que está no poder serão julgados pela última instância do Poder Judiciário*.⁴⁵ Complementa dizendo que *o resultado do julgamento pode significar o começo do fim de uma política partidária corrompida há muitos anos*.⁴⁶

No primeiro dia de julgamento da Ação Penal 470, do chamado mensalão, no Supremo Tribunal Federal foi pontuado pelo debate da questão referente ao desmembramento do processo suscitada pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, o que era interessante para a defesa, porém, por 9 votos a 2, a Corte deliberou, em meio a discussões acaloradas entre o relator e o revisor do processo, os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Para Joaquim Barbosa, os fatos narrados pelo procurador-geral da República, demonstraram a vivência de uma associação prévia, consolidada ao longo tempo, congregando os requisitos estabilidade e finalidade voltada à prática de crimes, além da união de desígnios entre os acusados.

Importa salientar que, a denúncia feita por Antonio Fernando de Souza era contra 40 pessoas, todavia o ex-secretário-geral do PT Sílvio Pereira foi afastado por ter colaborado com as investigações e o ex-deputado José Janene (PP-SP) morreu.

Praticamente todas as cinquenta sessões do Supremo Tribunal Federal no julgamento do mensalão, foram muito extensas marcadas por inúmeras discussões acaloradas, diversas cenas de

⁴⁵ PEREIRA, M., *Mensalão: o dia a dia do maior julgamento da história política do Brasil*, 1ª ed., Record, Rio de Janeiro, 2013, p. 19.

⁴⁶ PEREIRA, *Mensalão*...op.cit. p. 21.

desentendimentos, divergências e bate-bocas entre ministros e procuradores, sendo que transcorridos quatro meses e quinze dias, o julgamento fora concluído com vinte e cinco réus condenados.

O publicitário Marcos Valério considerado o mentor do caso Mensalão, foi o primeiro condenado neste processo, sua pena chegou a 40 anos, 1 mês e 6 dias de prisão e multa⁴⁷ de R\$ 2,8 milhões, por formação de quadrilha, corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas.

Já ex-sócio de Valério, Ramon Hollerbach foi condenado a 29 anos, 7 meses e 20 dias de prisão e multa de R\$ 2,8 milhões, por crime de evasão de divisas, corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha.

E para finalizar as condenações do núcleo publicitário, o outro ex-sócio de Marcos Valério, Cristiano Paz teve sua condenação pelos crimes de formação de quadrilha, corrupção ativa, peculato e lavagem de dinheiro, em 25 anos, 11 meses e 20 dias de prisão, mais multa de R\$ 2,5 milhões. Segundo o relator, Joaquim Barbosa, Paz participou de *toda uma parafernália, um mecanismo bem azeitado de desvio de recursos públicos*.

Outras pessoas ligadas às agências de publicidade de Marcos Valério também sofreram condenações na Ação Penal 470, a ex-funcionária da SMP&B, Simone Vasconcelos foi condenada a 12 anos, sete meses e 20 dias pelos crimes de lavagem de dinheiro, corrupção ativa e evasão de divisas mais R\$ 374 mil de multa e o Advogado do publicitário foi acusado de receber empréstimos fictícios que abasteceram o mensalão, Rogério Tolentino foi condenado a 8 anos e 11 meses de prisão, mais multa de R\$ 404 mil, pelos crimes de lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e corrupção ativa.

O núcleo financeiro, formado por Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinicius Samarane todos, com exceção de Vinicius

⁴⁷ As penas de multa do processo penal são calculadas com base no salário mínimo. A pena de multa consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário Nacional (FPN) de quantia fixada na sentença penal condenatória.

Samare que foi condenado apenas pelos crimes de lavagem de dinheiro e gestão fraudulenta de instituições financeiras, foram condenados pelos crimes de formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira e evasão de divisas, sendo que as penas dos três somam 42 anos, 1 mês e 10 dias meses, e as multas atingem cerca de R\$ 3,1 milhões.

Já o núcleo político da Ação Penal 470, ou mensalão, foi condenado pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) por corrupção ativa e formação de quadrilha. Integrado pelo ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores (PT) Delúbio Soares, o ex-presidente da legenda José Genoíno e o ex-ministro-chefe da Casa Civil, José Dirceu, além do ex-secretário-geral e um dos fundadores da legenda, Sílvio Pereira, o núcleo político foi acusado pelo Ministério Público (MP) de montar um esquema de compra de votos de parlamentares. Contudo, Sílvio Pereira, não foi julgado porquanto fez um acordo com a Justiça.

Conforme o entendimento da maioria dos magistrados da Suprema Corte, Soares, Genoíno e Dirceu foram responsáveis pela compra de apoio político no Congresso, sendo que, José Dirceu foi condenado a dez anos e dez meses de prisão pelos crimes de corrupção ativa e formação de quadrilha. Ele terá ainda de pagar multa de R\$ 676 mil. Delúbio Soares foi condenado a oito anos e 11 meses de prisão pelos crimes de corrupção ativa e formação de quadrilha, além de multa de R\$ 300 mil. E, José Genoíno recebeu pena de seis anos e 11 meses, mais R\$ 468 mil.

O ex-deputado federal Roberto Jefferson (PTB-RJ), delator do esquema do mensalão foi condenado a 7 anos e 14 dias por corrupção passiva⁴⁸ e lavagem de dinheiro, mais pagamento de multa no valor de R\$ 688,8 mil. O fato de Jefferson ter

⁴⁸ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei No 2.848, de 7 De Dezembro De 1940. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de Dezembro de 1940.

contribuído e revelado detalhes do escândalo foi levado em consideração pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e, por isso, teve sua pena diminuída.

Os réus da base aliada do governo à época dos fatos também foram condenados dentre os quais estão, o ex-sócio da corretora Bônus-Banval, usada por parlamentares do PP – Partido Progressista para lavar dinheiro do esquema do mensalão, Breno Fischberg que foi condenado a 5 anos e 10 meses de reclusão pelo crime de lavagem de dinheiro, além de R\$ 528 mil de multa.

Além de Breno, o outro ex-sócio da corretora, Enivaldo Quadrado, foi condenado por formação de quadrilha e lavagem de dinheiro e a sua pena alcançou 5 anos e 9 meses, mais multa de R\$ 26.400. O ex-assessor do PP – Partido Progressista na Câmara, João Cláudio Genú recebeu a pena de 7 anos e 3 meses, mais 200 dias-multa, equivalente a R\$ 480 mil, por formação de quadrilha e lavagem de dinheiro. Jacinto Lamas, ex-tesoureiro do PL (atual PR), foi condenado por lavagem de dinheiro a 5 anos de prisão, mais R\$ 240 mil de multa.

Emerson Palmieri, ligado diretamente ao PTB – Partido Trabalhista Brasileiro, foi condenado a quatro anos de prisão por lavagem de dinheiro, mais 190 dias-multa. Nada obstante, como, pela lei, as penas de até quatro anos precisam ser cumpridas em regime aberto, os ministros decidiram substituir a pena dele por duas penas restritivas de direito, quais sejam, a proibição de ser nomeado para cargos públicos e o pagamento de 150 salários mínimos para uma instituição sem fins lucrativos.

José Borba, que na época era deputado da base aliada foi condenado a 2 anos e 6 meses de prisão pelo crime de corrupção passiva, entretanto como a pena dá direito ao regime aberto, os ministros decidiram substituí-la pelo pagamento de 300 salários mínimos, dinheiro destinado a entidade sem fins lucrativos, e à perda de direitos políticos, determinando a interdição temporária de direito político pelo prazo da pena privativa de liberdade (2 anos e 6 meses) a que foi condenado o réu, bem como a proibição do exercício de cargo ou atividade pública e perda de mandato eletivo.

Carlos Alberto Rodrigues, conhecido na época como Bispo Rodrigues, também integrante da base aliada do governo, foi acusado de receber R\$ 150 mil para votar em reformas de interesse do governo federal, em dezembro de 2003, durante o governo Lula, sendo que sua condenação foi de 6 anos e 3 meses e multa de R\$ 696 mil.

O ex-deputado federal Romeu Queiroz do PTB – Partido Trabalhista Brasileiro foi condenado a 6 anos e 6 meses de prisão por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, mais multa no valor de R\$ 792 mil. Outro deputado condenado foi Valdemar Costa Neto do PR – Partido da República, sua pena chegou a 7 anos e 10 meses de prisão, além de multa de R\$ 1,08 milhão. Para o relator, ministro Joaquim Barbosa, Costa Neto negociou e vendeu apoio de seu partido e ainda o beneficiou na Câmara.

O deputado Pedro Henry - PP- Partido Progressista foi denunciado por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e por formação de quadrilha, desse último delito foi absolvido sendo condenado pelos os dois crimes em 7 anos e 2 meses de prisão e a pagar R\$ 888 mil em multa. Ainda do PP- Partido Progressista, o deputado Pedro Corrêa foi cassado e condenado a 9 anos e 5 meses de prisão e multa de R\$ 1,08 milhão no julgamento do mensalão.

João Paulo Cunha, deputado federal pelo PT- Partido dos Trabalhadores foi condenado a nove anos e quatro meses de prisão pelos crimes de corrupção passiva, peculato (desvio de recursos públicos), lavagem de dinheiro e multa de R\$ 360 mil.

E por fim, outra condenação foi a do ex-diretor de marketing do Banco do Brasil, Henrique Pizzolato, que recebeu uma pena total de 12 anos e 7 meses de prisão pelos crimes de corrupção passiva, peculato e lavagem de dinheiro.

As outras treze⁴⁹ pessoas envolvidas no mais inescrupuloso caso de corrupção do Brasil foram absolvidas das acusações de

⁴⁹ Absolvidos: Anderson Adauto (corrupção passiva e lavagem de dinheiro), Anita Leocádia (lavagem de dinheiro), Antônio Lamas

corrupção passiva, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, evasão de divisas e peculato.

Os últimos dias de julgamento após as condenações e consequentes cassações de deputados envolvidos, foram marcados por mais discussões, agora entre Legislativo e Judiciário, o então presidente da Câmara dos Deputados, Marco Maia (Partido dos Trabalhadores), disse em entrevistas veiculadas em todas as emissoras de televisão do Brasil, que não cumpriria a decisão do Supremo Tribunal Federal de cassar mandatos dos parlamentares condenados na Ação Penal 470.

Ocorre que, em uma democracia, cabimento uma declaração como a do deputado, inclusive, o ministro Celso de Mello, concluiu o julgamento lembrando que *a insubordinação legislativa ou executiva diante de decisão judicial revela-se comportamento intolerável, inaceitável e incompreensível*, finalizando que *é inadmissível o comportamento de quem, demonstrando não possuir o necessário senso de institucionalidade, proclama que não cumprirá uma decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado, que incumbido como guardião da Constituição pela própria Assembleia Constituinte, tem o monopólio da última palavra em matéria de interpretação da Constituição*.

Penso ser descabida a discussão levantada pelo então presidente da Câmara dos Deputados, por ser a cassação um efeito da condenação devendo ser cumprida, esse entendimento é consolidado na Corte Suprema, a perda do mandato é consequência automática da suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado.

(lavagem de dinheiro e formação de quadrilha), Ayanna Tenório (gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e formação de quadrilha), Duda Mendonça (Lavagem de dinheiro e evasão de divisas), Geiza Dias (lavagem de dinheiro, evasão de divisas e formação de quadrilha), João Magno (lavagem de dinheiro), José Luiz Alves (lavagem de dinheiro), Luiz Gushiken (peculato), Paulo Rocha (lavagem de dinheiro), Professor Luizinho (lavagem de dinheiro), Zilmar Fernandes (lavagem de dinheiro e evasão de divisas).

De acordo com o ministro Joaquim Barbosa, as prisões do mensalão somente serão decretadas em julho de 2013, isso porque, embora tenha determinado a cassação de mandato destes deputados federais, os efeitos apenas terão validade depois de exauridas todas as possibilidades de recursos, com o devido trânsito em julgado da sentença.

V. CONCLUSÃO

Primeiramente, a conclusão que se sobressai e é unânime, é que o sistema político brasileiro necessita urgentemente de uma reforma audaciosa, com um sistema nacional de combate à corrupção, reparando as estruturas institucionais brasileiras, principalmente, por que a corrupção dissimula a legitimidade das instituições, especialmente, o Congresso Nacional e os partidos políticos.

Até porque, Rogério Gesta Leal, em texto estimulante, nos lembra de que:

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipofuciencia material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas.⁵⁰

⁵⁰ LEAL, *Fundamentos...* op. cit., p. 21,22.

A revelação do esquema com a delação de compra de votos parlamentares e o consequente julgamento do caso mensalão somados a colocação de Leal, demonstram o tamanho do prejuízo que sofre uma sociedade assolada pela corrupção.

O julgamento do mensalão foi de certa forma, uma vitória para a nação brasileira que acompanhou e torceu pela condenação dos políticos e empresários envolvidos nessa corrupção inominável. Digo de certa forma, por que ainda não se sabe se essa decisão gerará algum efeito no tocante ao sistema político, à sociedade, às instituições, e se gerar, se esse efeito será capaz de mobilizar a sociedade para que se criem mecanismos de prevenção e combate à corrupção.

De que forma será possível apagar as marcas deixadas pela compra dos votos dos parlamentares na votação de projetos sucedida nas trincheiras do Congresso Nacional pelo partido do Governo Federal causaram incontestáveis consequências nas escolhas políticas dos representantes do povo e dos estados, que refletiram diretamente nas votações que se despojavam de incontroverso interesse público, como foi o caso da tão sonhada Reforma Previdenciária advinda da Emenda Constitucional nº 41.

Quantos outros projetos foram contaminados com essa e outra compra de votos de parlamentares, ou depois do julgamento do Supremo na Ação Penal 470, isso não acontecerá mais? E no intervalo de tempo entre 2005 até 2012, houve compra de votos? Não será possível saber o que os parlamentares brasileiros fazem por de trás das cortinas? Essa questões geram a desconfiança dos cidadãos para com a política.

A corrupção afeta a legitimidade das instituições e, por isso, é chegada a hora de fazer acontecer às reformas estruturais, e para isso, a participação da sociedade é assinalada como um meio fundamental de combate à corrupção e, do mesmo modo, o ponto submetido aos efeitos mais inquietantes da possível vulgarização do problema.

No caso do processo do mensalão a condenação da maioria dos réus foi de suma importância para evitar a indiferença da

sociedade, por que à medida que a população se mantém indignada é mais difícil a consolidação da corrupção.

Outra convicção formada no decorrer desse estudo foi de que não importa a sigla partidária, pois onde houver uma pessoa que tenha interesse de corromper e outra que aceite ser corrompida, haverá atos de corrupção, logo, ética e moral deveriam ser mais valorizadas em todas as esferas públicas do país.

Diversas ações de prevenção e combate à corrupção já foram realizadas no Brasil. A criação da Controladoria-Geral da União (CGU)⁵¹ em 2001, teve, originalmente, como propósito declarado o de combater, no âmbito do Poder Executivo Federal, a fraude e a corrupção e promover a defesa do patrimônio público.

Em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal ter sido inédita na condenação de casos de corrupção no Brasil, apontando para um avanço, não é possível saber se começaremos a trilhar um caminho de efetiva prevenção e tentativas de combate à corrupção no país.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMO. C. W., “Integrante da ONG Transparência Brasil”, em artigo publicado em 2001, intitulado “*Corrupção e responsabilidade Pública*”. Texto-base para o módulo “*Governo e sociedade*”, do curso de “*Introdução à responsabilidade social de empresas*” da Fundação Getúlio Vargas/SP e Instituto Ethos de Responsabilidade Social.

AVRITZER. L., “Governabilidade, Sistema Político e Corrupção”, (Orgs. L. AVRITZER, e F. FIGUEIRAS, Fernando) em, *Corrupção e Sistema Político no Brasil*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2011.

AVRITZER, L. e FIGUEIRAS, F., (org.), *Corrupção e Sistema Político no Brasil*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2011.

BIGNOTTO, N., “A corrupção e seus atores” *Carta Capital*, 2011. Disponível em:

⁵¹ Informação disponível em: <http://www.cgu.gov.br/CGU/Historico/> - acesso em 20/12/2012.

<<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-corrupcao-e-seus-atores/>>. Acesso em 19/09/2012

RAMOS, E. da S., “Ética e política” (Coord. F. A. Zilveti, S. Lopes) in, *O Regime democrático e a questão da corrupção política*, Atlas, São Paulo, 2004.

CAGGIANO, M. H. S., “Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais” *Revista de direito constitucional e internacional*, ano 10, núm. 41, 2002, out/dez.

COSTA, R. R., “O mito do Brasil corrupto”, *Gazeta do Povo. Caderno G.*, 2007.

<http://www.gazetadopovo.com.br/cadernog/conteudo.phtml?id=1277304&tit=O-mito-do-Brasil-corrupto>, acessado em 23/09/2012.

DAMATTA, R., *O que faz o Brasil, Brasil*, 2ª ed., Rocco, Rio de Janeiro, 1986.

FAORO, R., *Os Donos do Poder*, Globo, Rio de Janeiro, 1987.

FERREIRA FILHO, M. G., “Corrupção e Democracia” (Coord. F. A. Zilveti, S. Lopes) in, *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*, Atlas, São Paulo, 2004.

HABIB, S., *Brasil: quinhentos anos de corrupção*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994.

HOLANDA, S. B. de, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

JULGAMENTO DO MENSALÃO COMPLETO –

http://www.youtube.com/watch?v=os9uWRbsIUo&playnext=1&list=PL9dNzvBwnnTqcnok989mZqVO9Bq0ge8UO&feature=results_main, Acessado em 20/01/2013.

LEAL, R. G., *Fundamentos filosóficos e políticos do fenômeno da corrupção: considerações preliminares*, 2013.

- *Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais: causas, consequências e tratamentos*, 2012. NO PRELO.

- *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

MOREL, M., *Corrupção, mostra sua cara*, Casa da Palavra, Rio de Janeiro, 2012.

MUSEU DA CORRUPÇÃO: Em

http://www.muco.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=470 /

Em

http://www.muco.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=73, acessado em 23/09/2012.

PATARRA, I., *O Chefe. Livro Virtual*, acesso:

<http://www.escandalodomensalao.com.br>, 2010.

RIBEIRO, D., *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*, 2ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

RIBEIRO, R. J., *A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 2000.

SARMENTO, G., “Aspectos da investigação dos atos de improbidade administrativa” *Revista do Ministério Público: Alagoas*, núm. 1, 1999, jan./jun.

SENADO FEDERAL BRASIL. Relatório Parcial da Comissão Parlamentar Mista De Inquérito, criada através do Requerimento Nº 07, de 2005-CN,” Em

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=56343&tp=1> - Acessado em 30/01/2013.

SEGUNDA PARTE
LIBRE MERCADO E INTERÉS GENERAL

LAS COMPLEJIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE EXPLOTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN BRASIL

Emerson Gabardo

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo
Universidad Federal de Paraná

El artículo presenta como foco de su tratativa la explotación de actividades económicas por el Estado de forma directa. O sea, analiza el régimen jurídico de las actividades económicas en sentido estricto prestadas por empresas estatales y también las formas de entendimiento del servicio público en Brasil (sea aquel prestado por empresas estatales, sea lo que es delegado para empresas privadas). Discute algunos problemas teóricos respecto a la temática, notoriamente por intermedio de un confronto con la realidad prestacional brasileira, cuyo carácter se ha confirmado como esencialmente sectorial (tornando compleja la propia posibilidad de un régimen jurídico unificado para actividades cuya naturaleza es materialmente distinta). Concluye por la inexistencia, en Brasil, de una diferenciación consensual apriorística entre las especies de explotación de actividad económica por el Estado, sea en la legislación, en las políticas públicas del Poder Ejecutivo, o en las decisiones del Poder Judicial.

I. INTRODUCCIÓN

Dos grandes reformas administrativas ocurrieron en la historia de la República brasileira. La primera ocurrió en 1930, con la creación del DASP – Departamento Administrativo del Servicio Público. Fue la primera vez que seriamente el gobierno federal intentó crear en Brasil una burocracia estatal formal e impersonal en substitución al modelo patrimonialista vigente en todos los niveles de la Administración pública nacional. En 1967, hubo un segundo marco importante, con la creación de la primera legislación reguladora de la organización administrativa federal de

Brasil, el Decreto-ley 200. Dicho diploma representó una norma importante, que contenía reglas y principios administrativos de gestión, con mecanismos de descentralización orgánica y funcional (por la primera vez en Brasil, se estableció el concepto de entidades públicas y privadas “no-políticas” con personalidad jurídica propia.¹

Sin embargo, ambas las reformas no lograron grande éxito en el sentido de implantación de una verdadera burocracia, debido a factores como patrimonialismo municipal, ausencia de democracia en esos períodos, inexistencia de una verdadera “sociedad civil organizada”, falta de una real “voluntad política” de cambio. Brasil no estaba listo para dichos cambios, que provenían de “arriba para abajo”, no encontrando respaldo en las prácticas y representaciones de la sociedad brasileña de antaño.²

En la década de 1980 la coyuntura se altera y puede ser observado en Brasil un resurgimiento (o aún “surgimiento”) de la sociedad civil organizada, con la finalidad de rompimiento con el régimen autoritario militar (vigente desde 1964). Además, el deseo democrático por el establecimiento de una nueva Constitución ha unido diferentes grupos en un movimiento importante para la consolidación de la ciudadanía como un elemento nuevo para la sociedad civil brasileña. La Constitución deseada fue la Constitución realizada para el país, de tal modo que fue encampado por los constituyentes la idea normativa de construcción de un “Estado Social” a partir de 1988.³

Pero el ambiente internacional que se siguió a la consolidación de la nueva Constitución se caracterizó por una vitoria del

¹ WAHRLICH, B. M. de S., “Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente” *Revista de Administração Pública*, 1974, abr./jun., p. 27-75.

² GABARDO, E., *Interesse público e subsidiariedade*, Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 109 e ss..

³ SALGADO, E. D., *Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico – vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*, Fórum, Belo Horizonte, 2007.

neoliberalismo, como ideología dominante. Mientras la Constitución nueva proclamaba la instauración de un Estado Social en Brasil, dicho modelo estaba en crisis en Europa. Y, asimismo, el país vivenciaba un período de fuerte crisis económica, después de una década de grande crecimiento económico (sin desarrollo), como fueron los años de 1970. Dicha coyuntura tornó imposible la implantación del modelo constitucional de Estado Social. Brasil todavía era un país fuertemente intervencionista, pero no Social.⁴

En la década de 1990 ocurre entonces una reversión de la perspectiva. Los gobiernos que son electos – principalmente del Presidente Fernando Henrique Cardoso, en 1995 – adoptan un programa político económico de carácter eminentemente neoliberal y que presentan como su foco principal la estabilización de la moneda, la reducción de derechos de los funcionarios públicos, y la privatización de los servicios públicos. El Programa de Reformas fue intitulado “Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado”. A partir de dicho programa fueron iniciadas reformas, que más tarde se desarrollaron en tres focos: primero, la privatización de empresas estatales que eran explotadoras de actividades económicas en sentido estrato – repasando al mercado dichas empresas y las desligando totalmente del Estado (caso de hoteles, exploradoras de minerías, bancas, etc.); segundo, ya en el final de la década de 1990, la delegación de servicios públicos privativos del Estado para los particulares del mercado los explotaren en régimen de concesión (tales como energía y telecomunicaciones); y tercero, en el inicio de la década de 2000, la transferencia de servicios públicos no privativos del Estado para la su prestación por entidades filantrópicas, que pasaron a ser llamadas de “entidades del Tercer Sector” (Organizaciones no Gubernamentales en general) – que pasaron a se responsabilizar por servicios como salud y educación.⁵

⁴ PEREIRA, L. C. B., *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*, Ed. 34, São Paulo, 1996.

⁵ Para más detalles sobre el tema, ver: GABARDO, E., *Eficiência e Legitimidade do Estado*, Manole, São Paulo, 2003.

Interesante observar que a pesar de todos estos cambios, los estudios teóricos sobre Derecho Administrativo en Brasil en las tres últimas décadas del siglo XX no son, en general, direccionados a la temática de la organización administrativa. Se estudia preferentemente principios y derechos. La teoría brasileña de Derecho Administrativo es fundamentalmente una teoría de reacción (a la intervención dictatorial del Estado). Lo que es plenamente justificable, considerando los treinta años de dictadura vivenciada en el período anterior. No es raro, en dicho contexto, que el Poder Judicial, e no el Poder Ejecutivo, haya sido colocado en una posición de protagonista de las transformaciones sociales del país. El Poder Judicial se ha tornado el grande garantizador de la nación, mientras el Poder Ejecutivo, y principalmente el Poder Legislativo, cada vez más se ven desacreditados. Como bien aduce Eneida Desiree Salgado, el protagonismo judicial brasileño es “envolto por argumentos morais subjetivos e por uma visão perfeccionista da Constituição e do cidadão, um descaso em relação ao Poder Legislativo. O Poder Judiciário, neste ponto como em outros, resolve ‘tomar as rédeas’ da mudança da sociedade.”⁶

Aunque, aparentemente, las cosas estén cambiando en los últimos seis o siete años, la consolidación democrática y el proceso de desarrollo económico vivenciado desde el año de 2003 ha dado origen a nuevas demandas teóricas para los administrativistas. Demandas teóricas que cada vez más corresponden a las necesidades prácticas de un Derecho Administrativo vuelto a la organización de los servicios públicos, al control de la explotación económica y al fomento de la infraestructura. Y que conducen a un retorno de la importancia del Poder Ejecutivo como garantizador primordial del proceso de desarrollo nacional. Pero el hecho es que nuestra doctrina propia de Derecho Administrativo es aún muy reciente. Hasta veinte años, todo era importado en términos doctrinarios de Europa. Aunque sabiendo que la realidad europea siempre fue increíblemente diferente de la brasileña.

⁶ SALGADO, E. D., *Princípios constitucionais eleitorais*, Fórum, Belo Horizonte, 2010, p. 18.

Leyes importantes para el Derecho brasileño fueron publicadas solamente muy recientemente (Ley de Licitaciones y Contratos - Ley 8.666/1993; Ley de Concesiones y Permisiones - Ley 8.987/1995; Ley Federal de Proceso Administrativo - Ley 9.784/1999; Ley General de Saneamiento Básico - Ley 11.445/2007; Ley Nacional de Tratamiento de Residuos Sólidos - Ley 12.305/2010, para citar no más que algunos ejemplos. Pero, por increíble que lo parezca, nosotros hasta hoy no tenemos una Ley General de Organización Administrativa en Brasil, bien como tampoco tenemos una Ley Reguladora de la Explotación de la Actividad Económica por el Estado - lo que implica una omisión del Poder Legislativo en dicho campo.⁷ La Administración pública sigue bajo la vigencia del Decreto-ley 200/67 en dicha materia - lo que es un absurdo, pues obviamente esta es una norma inadecuada para regular nuestra realidad actual. Y no parece haber voluntad política para regular dichos asuntos, que pasan, entonces a ser tratados caso a caso, conforme la conveniencia política de los gobiernos del Poder Ejecutivo y el control discrecional del Poder Judicial. Resáltese que existe un proyecto de ley de organización administrativa elaborado por una comisión de grandes juristas del Derecho público brasileño que fue entregue al Ministerio del Planeamiento en 2009 y se encuentra sin tramitación hace más de cuatro años.⁸

En dicho contexto, considerando la indeterminación conceptual constitucional, la subjetividad de la jurisprudencia, y la falta de marcos legales que confieran mayor precisión a la materia, resta a la doctrina (aún desprestigiada) tratar del tema e intentar conferir

⁷ La Constitución Federal de 1988, desde su redacción originaria, determina que el Poder Legislativo deberá instituir un estatuto para las empresas públicas explotadoras de actividad económica en sentido estricto. Sin embargo, dicha ley hasta hoy no fue instituida. Así establece el artículo 173, párrafo primero: “A lei instituirá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)”

⁸ Sobre o assunto, ver: MODESTO, P. (Coord.), *Nova organização administrativa brasileira*, 2ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2010.

elementos conceptuales que puedan traer más seguridad jurídica en la apreciación del asunto.

II. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

La tratativa de la explotación directa por el Estado de las actividades económicas en sentido amplio (que comprende los servicios públicos y las actividades económicas en sentido estricto) exige una mirada a las relaciones entre Derecho y economía, aunque se reconozca que dichos puntos de vista contrastan cuanto a sus criterios ontológicos (autoridad/resultado).⁹ Independiente de se entender el Derecho y la Economía como sistemas autónomos o como parte de un mismo campo de estudio,¹⁰ sin duda desde la constitución de su soberanía el Estado moderno se interesó por la actividad económica. De los tradicionales intereses fiscales, militares, políticos y de policía llegando hasta la avanzada propuesta de lo responsabilizar por el desarrollo, los fines del Estado siempre estuvieron conectados directa o indirectamente a la consecución de bienes económicos. De ahí el interés por un estudio interdisciplinar, en que las características materialmente económicas de algunas actividades regladas de forma especial por el Derecho (o por el creadas a partir del establecimiento de un régimen jurídico propio) son estudiadas de forma particular.

Aunque encuentre variación de autor para autor, pues no existe una definición precisa en la Constitución Federal de 1988, la actuación del Estado en la esfera económica en Brasil puede ser clasificada en tres especies fundamentales: a) la política económica; b) la intervención; y c) la regulación. La política económica equivale al planeamiento (artículo 174 de la Constitución de 1988) y puede ser realizada por medio de normas configuradoras de instrumentos directos de control (fijación de salarios, racionamiento, fijación de precios) y directos de

⁹ OLIVEIRA, F. J. de, *Parceria público-privada: aspectos de Direito público econômico*, Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 28.

¹⁰ NUSDEO, F., *Curso de Economia: introdução ao Direito econômico*, RT, São Paulo, 1997, p. 19 e ss..

adaptación institucional (legislación de efectos concretos, creación de órganos), para allá de los indirectos (de finanzas, monetarios, crediticios, cambiales). La intervención puede ocurrir de dos formas principales: por absorción, cuando el Estado asume integralmente la actividad económica (caso del monopolio de actividad económica, fundamentado en el artículo 173, o del privilegio de servicio público, fundado en el artículo 175 de la Constitución); o por participación, en que el Estado ejerce la actividad simultáneamente a los particulares.¹¹ Como visto, sea en uno o en otro caso, a las dos formas principales de intervención directa del Estado en la economía son justamente la actividad económica en sentido estricto y el servicio público. La regulación (también reconocida en el artículo 174 constitucional) se manifiesta por intermedio de acciones de control normativo y de fiscalización, sea por dirección (establecimiento de un comportamiento compulsorio), sea por inducción (mera provocación, fomento).¹²

Se habla en actividad económica en “sentido estricto”, pues el servicio público también posee la ontología de una actividad económica, a pesar del sistema constitucional no reconocer, del punto de vista jurídico, dicha nomenclatura. En la realidad, la

¹¹ Dicha clasificación fue montada a partir de la conjugación de la doctrina de Fábio Nusdeo y Eros Roberto Grau (aunque no coincida exactamente con ninguna de las dos). Cf.: NUSDEO, *Curso ... op. cit.*, p. 215 e ss.. e GRAU, E. R., *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002. p. 138 e ss..

¹² Por cierto que esa es una caracterización simplificada de la regulación. Para un estudio más profundado sobre el concepto y características de dicha compleja actividad, ver: JUSTEN FILHO, M., *O direito das agências reguladoras independentes*, Dialética, São Paulo, 2002, p. 27 e ss.. Ya para un punto de vista fuertemente crítico en relación a la propia “idea de regulación”, o segundo el autor, “ideología de la regulación”, a partir de su proposición como una actividad prevista constitucionalmente (se defendiendo así la manutención de las nociones de “poder de policía” y “administración ordenadora”), ver: MARTINS, R. M., “Poder de policía”, L. M. F. Pires; M. Zockun, *Intervenções do Estado*, Quartier Latin, Rio de Janeiro, 2008, p. 68 e ss..

cuestión se resuelve satisfactoriamente (y de forma plenamente compatible con la Constitución) cuando estudiado el propio concepto de actividad económica: la acción de elección de búsqueda de recursos (bienes) para el atendimento de las necesidades económicas. Será económica toda actividad que tenga por objeto un bien económico y, así siendo, el servicio público, como tal, posee también un “significado económico”, segundo expresión del profesor Clóvis Beznos.¹³

José Petrelli Gastaldi define bienes económicos como aquellos “objetos relativamente escassos, suscetíveis de posse e que servem, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades humanas”.¹⁴ La doctrina en general los define como aquellos recursos útiles y escasos.¹⁵ Dichos conceptos deben ser entendidos en su peculiar sentido, mediante una ligación directa con la idea de necesidad humana. De esa forma, se comprende que todo bien inútil no es escaso y todo bien abundante es inútil. El concepto de necesidad es polémico. Sin embargo, es pertinente el sentido que le da Alberto Baltra Cortes cuando afirma que se trata de un factor eminentemente psicológico compuesto por tres elementos: a) presencia de una sensación penosa y desagradable; b) conocimiento del medio para eliminar la sensación desagradable; y c) voluntad de adquirir el medio (mediante la ponderación entre la satisfacción a ser obtenida y el sacrificio para alcanzarla). Empero, es preciso resaltar que ni todas las necesidades son económicas. Sólo así serán entendidas aquellas que pudieren ser satisfechas por bienes económicos.¹⁶ Y los bienes económicos, como ya aseverado, serán justamente aquellos que se caractericen por su utilidad (en el sentido específico de la capacidad de satisfacción de una necesidad humana — o sea, su

¹³ BEZNOS, C., “Transporte coletivo alternativo: aspectos jurídicos” *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, 1999, p. 298-299.

¹⁴ GASTALDI, J. P., *Elementos de economia política*, 17^a ed., Saraiva, São Paulo, 1999, p. 88.

¹⁵ NUSDEO, *Curso ... op. cit.*, p. 34.

¹⁶ CORTES, A. B., *Teoria Económica*, Andres Nello, Santiago de Chile, 1968, p. 31 e ss..

“ofemilidade”), escasez (no pueden ser encontrados libremente en la naturaleza) y, también, capacidad de pudieren ser valorados y transmitidos directamente. Todos esos elementos están imbricados.¹⁷

III. SERVICIO PÚBLICO VS. ACTIVIDAD ECONÓMICA EN SENTIDO ESTRICTO

Recurriendo a dichas consideraciones conceptuales preliminares, se puede llegar a la conclusión de que la clasificación de Eros Roberto Grau, que considerada la actividad económica en sentido estricto y el servicio público como especies de la actividad económica en sentido amplio, parece consonante no sólo con la Constitución brasileña de 1988, pero con la naturaleza misma de la expresión. El género se constituye por el rasgo de se caracterizar fundamentalmente por el fornecimiento de un bien económico a la colectividad (por lo tanto, dicho criterio clasificatorio no es jurídico).¹⁸ Por su vez, las especies se diferencian tanto por la materialidad de su condición cuanto por el régimen jurídico a ellas incidente.

Sin embargo, dicho encuadramiento normativo no es pacífico. Romeu Felipe Bacellar Filho, partiendo de la interpretación constitucional de sus dispositivos expresos, no encuentra dicha diferenciación entre actividad en sentido estricto y en sentido amplio, prefiriendo diferenciar ontológicamente el servicio público de la actividad económica; además, propone la alteración de la propia naturaleza de la actividad económica cuando prestada por el Estado (mediante el reconocimiento de un régimen jurídico diferenciado de los particulares y próximo al de las actividades eminentemente administrativas).¹⁹ Ocurre que el criterio del autor es exclusivamente jurídico y, en este sentido, no parece

¹⁷ NUSDEO, *Curso ...op. cit.*, p. 34; e GASTALDI, *Elementos ... op. cit.*, p. 88 e ss..

¹⁸ GRAU, *A ordem ... op. cit.*, p. 141.

¹⁹ BACELLAR FILHO, R. F., *Direito Administrativo*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, p. 172; 197 e ss..

incompatible con el primero, cuyo punto de partida clasificatorio es distinto. Siendo así, ambas las perspectivas merecen ser conjugadas, pues útiles a la comprensión del fenómeno en Brasil.

La actividad económica en sentido estricto retrata actividad que no es considerada por el ordenamiento positivo de “relevancia social peculiar”, o sea, no está encuadrada en el criterio de esencialidad. Ocurre que dicha característica no le es perentoria, pues el sistema jurídico brasileño admite la posibilidad de la existencia de actividades económicas materialmente esenciales (reconocidas por el Derecho o no). Tratase de una excepcionalidad que en nada perjudica el establecimiento del criterio general (que es la ausencia de esencialidad). Es el caso de las actividades esenciales declaradas por ley como tal (o simplemente reconocidas por la colectividad como de importancia impar), pero que no recibieron la *publicatio*, o sea, no tuvieron su responsabilidad atribuida para el Poder Público.²⁰ Esa es una situación comúnmente observable en la prestación de los servicios funerarios, por ejemplo.

La actividad económica en sentido estricto es una acción típica de los particulares en Brasil, como una derivación natural del principio de la libre iniciativa. Para allá de un derecho de naturaleza negativa ante el Estado, o sea, una garantía contra la intervención del poder, la Carta Magna establece una garantía positiva, al reservar con exclusividad la actividad económica en sentido estricto a los agentes privados, conforme previsión de su artículo 173.

Dicho dispositivo prohíbe la explotación directa de actividad económica por el Estado, excepto en los casos que estén o que vengan a ser previstos en la Constitución, en los casos de seguridad nacional (así declarados por la Unión Federal) y en los casos en que esté presente el relevante interés colectivo establecido por ley. Si el Estado identificar cualquier de esos casos, deberá proponer la creación de personas jurídicas de Derecho

²⁰ GROTTI, D. A. M., *O serviço público e a Constituição de 1988*, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 25.

privado (empresas públicas o de sociedades de economía mixta), que en régimen de descentralización administrativa integrarán la llamada Administración indirecta para que exploten la actividad mediante un régimen jurídico mixto (privado, pero parcialmente derogado por el Derecho público). Por una cuestión más lógica que jurídica, el Estado solamente podrá explotar actividad económica en sentido estricto de forma orgánicamente directa (aunque por entes de la Administración indirecta, conforme la terminología adoptada por el Decreto-Ley nº 200/67).²¹ En que pese la obviedad de la asertiva, resáltese, aun, que dicha explotación jamás deberá ser por intermedio de las autarquías o de las fundaciones, cuya personalidad y régimen jurídico son incompatibles con las actividades económicas en general y, con mayor énfasis aún, las en sentido estricto.

Diferente es el caso de los servicios públicos, cuyo régimen es mucho más complejo.²² Se trata de una importante noción histórica relacionada al Estado y, así siendo, retrata un instituto dinámico por esencia. Su definición popular raramente coincide con el entendimiento que el pensamiento oficial tiene de él. Y, asimismo, es común que el propio posicionamiento doctrinario respecto de su concepto retrate variaciones, cuando no fuertes divergencias, considerando que los sistemas jurídicos ni siempre cargan elementos suficientes para un cierre conceptual. Además, como ya aseverado, la idea que se tiene de la propia ontología de los servicios públicos varía conforme el modelo de Estado instituido por el ordenamiento jurídico-político, y también, depende de los diferentes criterios distintivos, aunque existan “aspectos consolidados” de su noción, como apunta Monica

²¹ Mejor llamada de administración descentralizada, como hace mucho explica Bandeira de Mello. Cf.: MELLO, C. A. B. de, *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 152.

²² Sobre la complejidad de la conceptualización de servicio público y las diferentes posibilidades de su entendimiento, ver: VALLE, V. C. L. L., “O novo conceito de serviço público” (Coord. E. Guimarães) in, *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 511-552.

Spezia Justen.²³

De pronto es preciso reafirmar que el servicio público nada más es de que una actividad económica en sentido estricto que tuvo su régimen jurídico alterado, mediante una acción imperativa del Estado al volverle típico. Como una actividad económica cualquier, se sometía al régimen jurídico de Derecho privado, caracterizado por la autonomía de la voluntad, capacidad universal, vinculación negativa al Derecho, disponibilidad de derechos e intereses e igualdad de las partes. Diferentemente, como servicio público propiamente dicho, será conducido por el régimen jurídico de Derecho público, cuyos adjetivos fundamentales son, *mutatis mutandi*, la heteronomía, la capacidad por atribución legal, la vinculación positiva al Derecho, la indisponibilidad de derechos e intereses y desigualdad entre las partes.²⁴

IV. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRIVATIVOS DEL ESTADO EN BRASIL

Es realmente paradójal imaginar la prestación de un servicio público en el régimen jurídico de Derecho privado (al menos en el sistema jurídico brasileño).²⁵ Ocurre que por intermedio del

²³ JUSTEN, M. S., *A noção de serviço público no Direito Europeu*, Dialética, São Paulo, 2003, p. 59 e ss..

²⁴ PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y administración: três estudos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995, p. 117.

²⁵ Cuya inspiración es francesa y no inglesa. En que pese la existencia de experiencias peculiares como la italiana, para la cual no es raro que las actividades organizadas a partir de la disciplina del derecho común u ordinario puedan ser calificadas como servicio público. Sobre el asunto ver: JUSTEN, ... op. cit., p. 89. Particularmente, Massino Severo Giannini ponderó sobre la existencia de “formas intermedias” de prestación de servicios públicos en que, efectivamente, la actividad de prestación del servicio es enteramente disciplinada por normas de naturaleza privatista, restando sólo su carácter público bajo el punto de vista de su organización. Así aduce: “quando vengono utilizzate forme di diritto

proceso de reformas gerenciales de la década de 1990 se rompieran los límites establecidos originalmente entre el público y el privado, se volviendo común la promoción de alternativas jurídicas hasta entonces inexistentes, y en relación a las cuales parte de los juristas presentó fuertes resistencias, como es el caso paradigmático de Weida Zancaner.²⁶ Existen autores que acreditan en la posibilidad que algunos servicios públicos sean regidos por el régimen de Derecho privado;²⁷ otros, como Romeu Felipe Bacellar Filho, no la admiten.²⁸

Se ve que la cuestión es polémica y, mínimamente, justifica el cuestionamiento siguiente: si es posible prestar servicio público bajo el régimen privado, entonces cabe sostener que el régimen de Derecho público (sentido formal) aún es apto a lo caracterizar? No sería más razonable suponer que no se está más ante un servicio público? Caso se mantenga el entendimiento de que la actividad es realmente servicio público, no sería inconstitucional (y lógicamente incongruente) aplicar a el un régimen de Derecho privado? Aun, si el régimen no es importante para la caracterización o no de un servicio público, entonces no sería el caso de asumir el criterio material como exclusivo, se abandonando la tesis de un “régimen general” y se reconociendo

privado, l'attività di erogazione del servizio è interamente disciplinata da norme privatistiche, e del pubblico servizio è pubblico il solo profilo organizzativo”. Cf.: GIANNINI, M. S., *Trattato di Diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, v. I, 1988, p. 75.

²⁶ ZANCANER, W., “Limites e confrontações entre o público e o privado” (Coord.R. F. Bacellar Filho) in, *Direito Administrativo Contemporâneo*, Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 339-346.

²⁷ Como, por ejemplo, es el entendimiento de Floriano de Azevedo Marques Neto. Cf.: MARQUES NETO, F. A., “Direito das Telecomunicações e ANATEL” (Coord. C. A. Sundfeld). *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, São Paulo, 2000. p. 300 e ss..

²⁸ BACELLAR FILHO, R. F., “O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira”. *AeDP. Actualidad em el Derecho Público*, núm. 18/20, 2002, p. 68.

la sectorialización como característica de la ontología de los servicios públicos en Brasil? Una respuesta interesante es aquella desarrollada por João Batista Gomes Moreira, al proponer el abandono de la dicotomía de regímenes mediante el reconocimiento de que el Derecho administrativo no sería público ni privado, se situando fuera de las antiguas categorías para prestigiar la ubicación de la noción de “finalidad pública administrativa” en su “centro de gravitación”.²⁹ Se trata de una idea osada y quizá inapropiada para la realidad brasileña, pero no deja de indicar una reflexión necesaria.

En el caso de las actividades económicas privadas explotadas por el Estado, es ciertamente más fácil la atribución genérica y abstracta de una predominancia del régimen privado parcialmente derogado por el Derecho público, a final, la situación no requiere la existencia de un régimen especial que caracterice la actividad. La actividad ya será privada, independientemente de una especial recurrencia al Derecho. Asimismo, su explotación por el Estado es definida, constitucionalmente, a partir de criterios de naturaleza material (relevante interés colectivo o seguridad nacional). Lo mismo no ocurre con los servicios públicos, que no poseen dicha delimitación en sede constitucional. Todos esos elementos dificultan sobremanera la proposición de una respuesta definitiva sobre los cuestionamientos incidentes.

Sin tener la pretensión de proponer una respuesta definitiva para las varias cuestiones incidentes sobre el régimen del servicio público en Brasil, el hecho es que no basta el ejercicio de la *publicatio* para que una actividad económica en sentido estricto se transforme en servicio público. Los elementos políticos, sociológicos y filosóficos que se traducen en determinada historia de la utilización de institutos como el servicio público son relevantes para su propia definición. Son factores que delinean, a partir de la mentalidad vigente, el carácter material imprescindible para la legitimación de cualquier intento formal de reconocimiento de un servicio como público.

²⁹ MOREIRA, J. B. G., *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Fórum, Belo Horizonte, 2005, p. 168.

Los modelos de delegación dependen de varias cuestiones y no solamente de una cuestión jurídica (reducida a la discrecionalidad estatal). Aunque sea esencial el reconocimiento del legislador, “somente é válido transformar em serviço público uma atividade que preencha certos requisitos”. En estos términos, como bien resalta Marçal Justen Filho, “o núcleo dos serviços públicos reside no aspecto material”.³⁰ Además, conforme continúa el autor, ni todo el elenco constitucional de servicios públicos (como aquellos atribuidos a la Unión Federal) consiste, obligatoriamente y en cualquier caso, servicio público. Eso pasa porque pueden existir ejemplos de algunos servicios específicamente considerados que al no se vincularen axiológicamente a las finalidades esenciales o a la dignidad, se restringen a la naturaleza de actividad económica en sentido estricto. Por ejemplo, parece restar pacífico que ni todas las actividades de radiodifusión son servicio público. Y el autor va más lejos, al afirmar que la expresión “autorización” prevista en el artículo 21 de la Constitución es incompatible con la existencia de servicio público.³¹

Se busca evitar, con el reconocimiento de dicho límites al legislador, el entendimiento de parte de la tradicional doctrina de que “tudo seria serviço público em potencial”. No es.³² O sea: excluidos dos campos – lo que es servicio público obligatoriamente y lo que obligatoriamente no es – el legislador infra constitucional puede determinar otras actividades como servicio público (siendo, empero, dicha actividad sujeta a limitaciones materiales y requisitos positivos extraídos del ordenamiento). Así, no sería posible, por lo tanto, “transformar em serviço público uma atividade consistente, por exemplo, na

³⁰ JUSTEN FILHO, M., *Teoria geral das concessões de serviço público*, Dialética, São Paulo, 2003, p. 15; 21.

³¹ Ibidem, p. 44 e ss..

³² En ese sentido, vale la pena consultar la obra de Cesar A. Guimarães Pereira sobre el tema: PEREIRA, C. A. G., *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*, Saraiva, São Paulo, 2006, p. 263 e ss..

fabricação de cachimbos ou de perucas”.³³

De hecho, no existe un régimen jurídico extenso de los servicios públicos previsto expresamente en la Constitución Federal. El artículo 175 asevera solamente que será prestados por el Estado directa o indirectamente (en este último caso, mediante el respecto al régimen licitatorio). Consecuencia inafectable de dicha disposición es la exclusión del servicio público de la garantía inherente a la libre iniciativa. Los particulares, al revés, están prohibidos de prestar actividad que tuvo su régimen vuelto público por la Constitución o por la ley. Sin embargo, caso el Estado tome la decisión política de nuevamente lo transferir a los particulares, podrá hacerlo mediante la utilización del instituto de la delegación. Si no entender necesaria la delegación, debe el Estado prestar el servicio directamente, creando para tanto las propaladas empresas públicas y sociedades de economía mixta, que actuarán en un régimen mixto — público, pero, parcialmente derogado por el Derecho privado (pues sus personalidades serán de Derecho privado). Subrayase, en estos términos, el carácter “empresarial” de los servicios públicos privativos del Estado (independientemente de delegados o no), o sea, cuyo objeto es un bien económico pasible de lucrativita (esta caracterizada sea por la plusvalía, sea por la posibilidad de distribución entre los propietarios de los medios de producción). Además, es oportuno destacar que la exigencia de transmisibilidad directa del bien económico al beneficiario resulta en la imposibilidad de encuadramiento como efectivo servicio público de las actividades *uti universi* (cuya oferta formal se considera de carácter abundante, por un lado, e inaprensible, por otro; imposibilitando, así, que estén presentes los necesarios atributos de la escasez y de la “ofelimidade”). En ese sentido, oportuna la advertencia de Celso Antônio Bandeira de Mello al restringir su concepto de servicio público, a partir del sistema brasileño, a los servicios *uti singuli*.³⁴

Eso significa que aparenta ser inadmisible en el sistema jurídico

³³ JUSTEN FILHO, ...op. cit., p. 48; 21.

³⁴ MELLO, *Curso* ... op. cit., p. 663.

brasileño la explotación de servicios públicos privativos del Estado por intermedio de las autarquías, cuyo régimen se presta a la ejecución de actividades estatales de carácter materialmente meta-económico, o sea, que no pueden ser ofrecidas en el mercado.³⁵ Al revés, los servicios públicos privativos del Estado implican como actividad-fin del ente responsable por su explotación la producción de un bien económico. Tanto es así, que pueden ser delegados para la explotación particular, sin alteración substancial del régimen jurídico tanto ante el ciudadano beneficiario, cuanto ante el propio mercado (excepto en los casos de monopolio público — situación esa que, sin embargo, no deriva del régimen del servicio, pero de una intervención a el externa y derivada de otras prerrogativas estatales).

O sea, si el Poder Público quisiera ofrecer en régimen de oferta y demanda un bien económico cualificado jurídicamente como servicio público, debe hacerlo por intermedio de entidades empresariales (sean estatales o no). Como bien afirma Ubirajara Costódio Filho, los servicios públicos pertenecen al dominio económico, siendo la interpretación diversa sustentable sólo a partir del principio de la subsidiariedad. Sin embargo, dicho principio fue extirpado del ordenamiento jurídico brasileño con la Constitución Federal de 1988,³⁶ restando no más que la previsión de “complementariedad”, sin cualquier preferencia preestablecida y sin imaginar que los servicios públicos estarían ubicados en una

³⁵ Lo que no impide que ellas, en franca ofensa a la racionalidad jurídica del sistema constitucional brasileño, efectivamente existan en la práctica. *Mutatis mutandi*, hipótesis distinta es la que ocurre con las fundaciones públicas cuya personalidad es de derecho privado; estas, sí, pueden explotar actividad económica en sentido estricto (obviamente sin fines lucrativos).

³⁶ Era previsto en la Constitución de 1967, en los siguientes términos: “Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar as atividades econômicas. § 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”.

instancia diferenciada y apartada del mercado.³⁷ El hecho de que los servicios públicos son actividades típicas de Estado no causa ninguna extrañeza, pues cabe al Estado intervenir como agente económico, desde que fundamentado en razones excepcionales (la obligación de prestar determinados servicios públicos es una delas); ya la otra, deriva del cumplimiento de los requisitos del artículo 173 de la Constitución (en este caso, por lo tanto, la actuación estatal es atípica).

Obviamente la opción por una o otra forma de descentralización produce consecuencias en el plano normativo. Como destaca Cristiana Fortini, la distinción entre la descentralización funcional, “que provoca o nascimento de entidades componentes da máquina estatal, e a descentralização por colaboração, que se utiliza de entidades preexistentes, criadas a partir da iniciativa particular, sem a participação estatal, está, ainda, na natureza da delegação e nas consequências que a partir de então surgem”.³⁸ Ocurre que, sin embargo de dicha correcta constatación, el hecho es que las alteraciones inherentes a la descentralización no afectan la ontología del servicio, y sí su estructuración orgánica, con las respectivas consecuencias jurídicas advenidas de dicha opción política.

No obstante, no termina aquí la cuestión de los servicios públicos. Existen situaciones en que determinadas actividades económicas

³⁷ Asevera el autor: “... a ideia de subsidiariedade cede cada vez mais à de complementaridade, princípio implícito no texto da CF/88, segundo pensa o autor, e estruturado sobre as seguintes premissas: a) o domínio econômico é espaço ordinariamente coabitado pelo Estado e pela iniciativa privada, sem existir preferência, juridicamente, a qualquer dos dois; b) a atuação privada no domínio econômico dispensa alguma motivação, bastando haver vontade do agente; c) a atuação estatal no domínio econômico exige motivação, decidida à luz do roteiro traçado pelo Constituinte de 1988”. Cf.: COSTÓDIO FILHO, U., *O serviço postal no Direito brasileiro*, Curitiba, JM, 2006, p. 52.

³⁸ Sobre las peculiaridades de dicha diferenciación, ver: FORTINI, C., *Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP*, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 12.

en sentido estricto serán declaradas como de titularidad estatal (como un deber público típico), pero no recibirán la *publicatio*, o sea, no serán excluidas de la incidencia del principio de la libre iniciativa. Se trata de una fuerte excepción, que puede ser interpretada de dos formas. En la primera, adoptada por Carlos Ari Sundfeld, en dicha situación no se estará ante un servicio público propiamente dicho, pero de lo que puede ser denominado un “servicio social” (tercera modalidad que no se confundiría con la actividad económica en sentido estricto ni con el servicio público). Eso porque su status constitucional no se encuadra ni en el artículo 173 ni en el artículo 175.³⁹

Si bien existe la segunda interpretación, desarrollada por Eros Roberto Grau. Como materialmente es una actividad esencial que, incluso, fue jurídicamente reconocida como un deber típico del Estado (por lo tanto de su titularidad) su encuadramiento es realizado como siendo un efectivo servicio público, pero no privativo del Estado, pues podrá ser prestado libremente por los particulares en lo régimen jurídico de Derecho privado (aunque parcialmente derogado por el Derecho público).⁴⁰ No se trata aquí, obviamente, de ningún tipo de delegación. Y ni lo será cuando el Estado resolver prestar, el mismo, el servicio. En este caso caben dos alternativas, que no son escogidas discrecionalmente, pero dependen de la peculiaridad del caso.

En regla el ente estatal deberá descentralizar la actividad a una autarquía o fundación pública. Esa quizá sea la única excepción a la regla de prohibición a la explotación de actividad materialmente económica por las personas jurídicas de Derecho público (lo que es plenamente justificable), por lo que el régimen de prestación será igualmente público. Y, además, el bien económico envuelto estará retirado del mercado,⁴¹ frente la imposición jurídica de su

³⁹ SUNDFELD, C. A., *Fundamentos de Direito público*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002, p. 83.

⁴⁰ GRAU, *A orden ...* op. cit., p. 153.

⁴¹ Se exceptúa, sin embargo, la hipótesis de una autarquía o fundación pública explotar una determinada actividad económica como actividad meramente accesoría, complementar o instrumental. Como por ejemplo,

gratuidad (en la práctica, así, los servicios de educación, salud, o hasta mismo previdencia social y asistencia pierden su economicidad por opción político-constitucional). Su situación, de ese modo, parece bastante distinta de aquella de los servicios públicos privativos, tales como, entre otros, los de telecomunicaciones, energía, transportes, saneamiento o puertos (a menos que dichas actividades, en un ejercicio de mera teorización, fueran totalmente subsidiadas por el Poder Público por vía tributaria). Consecuencia de dicha realidad es que, se llevadas a efecto las proposiciones de cobranza por los servicios educacionales, parece difícil sostener la manutención de su carácter legítimamente autárquico (o fundacional público). Eso todo se considerando que Brasil se somete a un régimen capitalista fundado en los principios de la libre iniciativa y de la libre concurrencia (en lo cual el Estado posee reglas expresas y límites implícitos cuando desea tornarse un agente económico).

V. EL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS NO PRIVATIVOS DEL ESTADO EN BRASIL

Excepcionalmente, se ha difundido la ampliación de la posibilidad de prestación del servicio público no privativo del Estado mediante el simples establecimiento de convenio, consorcio, contrato de gestión o término de “parceria”. Institutos que sustituyen la delegación, aunque no se confundan con ella, pues implican no más que el establecimiento contractual de un trabajo conjunto, considerando que la actividad es libre y, por lo tanto, sería incongruente pensar en atribuir al particular una prerrogativa que ya le es propia.⁴² Lo que no impide que, comúnmente, los gobiernos acaben por promocionar, en la práctica, dicha impropiedad jurídica.

una Universidad (autarquía) que crea una fundación pública con personalidad de derecho privado (editorial) para la comercialización de libros (que es una actividad económica en sentido estricto).

⁴² Sobre o assunto ver: OLIVEIRA, G. H. J. de, *Contrato de gestão*, RT, São Paulo, 2008. *Passim*.

Es importante destacar que existe una distinción teleológica en lo que toca a la intención del prestador privado del servicio vinculado al Estado. En el caso de los servicios públicos privativos del Estado, existe una pretensión de lucro por parte del llamado “colaborador” que, en realidad, no tiene intención ninguna de colaborar, pero de obtener el mayor núcleo de ventajas económicas posible. En el caso de los servicios públicos no privativos del Estado, en tesis, la solución no puede ser la misma, pues los agentes deben tener la intención de colaborar, sin la preocupación con la obtención de lucros. Al final, si el objetivo es la obtención de lucros, el agente privado puede dedicarse a dicha actividad libremente, sin la necesidad de una vinculación formal con el ente público.

Subráyese que la transferencia de los servicios públicos no privativos del Estado para el mercado o para el tercer sector exige como contrapartida una ampliación de la actuación del Estado en la área de la regulación y de la fiscalización. Dicha advertencia es importante ante algunas posiciones radicales, como la de Luis Cabral de Moncada, cuando asevera que en la área de servicios públicos como la salud, con la privatización y la concurrencia entre el sector público y el sector privado no podrá siquiera el Estado actuar como regulador, bajo pena de una “*grosseira distorção da concorrência*”. Sugiere el autor que el control adecuado debe ser realizado por una “entidade reguladora independente do Estado”.⁴³

En Brasil dichas entidades reguladoras independientes del Estado no existen, pues en el máximo existen algunos entes análogos creados en el interior del proyecto de reforma del Estado de la década de 1990, pero que, en realidad, nada más son que autarquías especiales. Quizá el autor quiso referir a las agencias estadounidenses, cuyo grado de autonomía es realmente grande. De cualquier modo, su entendimiento no es apropiado sea para el

⁴³ MONCADA, L. C. de., “A subsidiariedade nas relações do Estado com a economia e a revisão constitucional” (Coord. J. Miranda) in, *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005, p. 51.

ordenamiento portugués sea para el brasileño (pues los dos sistemas constitucionales son parecidos cuanto al modelo de Estado interventor). El hecho es que mismo las entidades independientes, sean las agencias estadounidenses, sean las autoridades europeas, no son externas al Estado, solo componiendo un local especial en la estructura administrativa.⁴⁴ Y parece ser bastante adecuado que así sea, pues la proposición de que la actuación como agente económico conduciría a la necesidad de abstención de su actuación como regulador no merece crédito ni mismo en el caso de explotación de actividad económica en sentido estricto, que se dirá entonces en la realización de actividades que le son típicas, tales como los servicios públicos no privativos del Estado. No hay que se contraponer, como hace el autor, dos formas de actuación estatales diferentes (la siempre necesaria regulación y a las veces opcional intervención). Dichas actividades no se misturan ni se atrapan si realizadas en los contornos constitucionales.

Se reitere, aun, que ante el deber administrativo previsto en el artículo 175, inciso IV, de la Constitución Federal, la doctrina administrativista brasileña llega a identificar un verdadero “direito fundamental ao serviço público adequado”.⁴⁵ Concepción esa perfectamente sustentable a partir del propio texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo artículo 21, II, así resta establecido: “Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.⁴⁶ Ocurre que, quizá, dicha conclusión pueda ser entendida como exagerada, pues empero la prestación del servicio público sea un deber constitucional inherente al propio modelo de Estado, su realización posee carácter eminentemente instrumental, visando garantizar el rol de derechos fundamentales

⁴⁴ JUSTEN FILHO, ... op. cit., p. 51.

⁴⁵ BACELLAR FILHO ...op. cit., p. 64.

⁴⁶ Vale la pena conferir los comentarios e ilaciones respecto de la Declaración, incluso referentes al artículo 21, hechos por la profesora Cármen Lúcia. Cf.: ROCHA, C. L. A., *Direito de para todos*, Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 53.

previstos en la Constitución, estos sí de carácter material y de finalidad. De cualquier modo, la importancia de la prestación de un servicio público adecuado no puede ser disminuida, aunque no sea reconocido su carácter de fundamentalidad. Y eso pasa debido a su vinculación material a los derechos humanos. En ese sentido, la noción de servicio público es progresiva e histórica, siendo imperioso su carácter mutable para que disponga de instrumentos tanto de eficiencia operativa (consecución de un buen planeamiento y una buena formulación de metas) cuanto adaptativa (adecuada capacidad de reformulación de las metas).⁴⁷ Características que deben estar presentes sin que eso signifique un desligamiento del “modelo-base” que le condiciona.

Las formas de prestación de los servicios públicos poseen límites no solamente expresos, pero también implícitos, que impiden, incluso, la alteración del régimen jurídico de su prestación. Dichos límites pueden ser más o menos amplios, a depender de la estabilidad institucional y mental de la sociedad. Además, pueden variar los mecanismos de su realización ante las opciones políticas legítimas de prestación directa o indirecta. Sin embargo, la referencia inherente al modelo constitucional instituye un carácter propio que tiende a permanecer en el tiempo como una garantía contra cualquier intento de retroceso social.⁴⁸

VI. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA COMPLEJIDAD DE LA CUESTIÓN PÚBLICO-INTERVENTORA EN BRASIL

Conforme demostrado, la misma diferenciación entre las dos categorías – servicio público y actividad económica en sentido estricto – que son aún muy relevantes para los brasileños no es

⁴⁷ GABARDO, E., *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, Dialética, São Paulo, 2002, p. 30.

⁴⁸ Aunque el asunto de la prohibición del retroceso social sea bastante controvertido en Brasil. Sobre el tema, ver: MENDONÇA, J. V. S. de., “Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo” *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. v. 12, 2003.

fácil de ser establecida, ante las dificultades de fijar una distinción adecuada y, notoriamente, de especificación del régimen jurídico aplicable en los casos en concreto. Dicha situación, por supuesto, genera varios problemas concretos en áreas muy importantes de infraestructura del país.

En resumen, en Brasil, el servicio público es una categoría sin conceptualización legal, pero que, por ser de titularidad legítima del Estado (siendo a el obligatoria), se somete a un régimen jurídico especial: el régimen de Derecho público. Los servicios públicos, por su turno, pueden ser de carácter privativo del Estado o no privativo del Estado, a depender de como la Constitución Federal los ha determinado y la doctrina los ha interpretado. Y los servicios pueden, cuando privativos del Estado, ser delegados a los particulares, por medio de las concesiones y permisiones de servicio público.

La actividad económica en sentido estricto es la actividad económica común, explotada con titularidad por los particulares, pero que, excepcionalmente, pasa a ser explotada por el Estado por intermedio de empresas estatales, bajo el régimen de Derecho Privado. Este tipo de actividad es prohibida al Estado como regla general, pero se permite la explotación excepcionalmente en los casos previstos en al Constitución, y también en casos de seguridad nacional y, aún, relevante interés colectivo.

Es posible, por lo tanto, ser construida una distinción teórico-doctrinaria clara. Empero, en la práctica, es preciso reconocer las limitaciones de la doctrina en la comprensión de los casos con los cuales es confrontada. Saber con perfección lo que es realmente servicio público y lo que puede ser considerado mera actividad económica es un desafío al operador del Derecho. En muchos casos la ley no lo dice. Y en otros algunos casos, la misma Constitución es dubia o silente. Lo que es normal. Pues, en 1988 no teníamos en Brasil servicios pagados de TV, siquiera internet, por ejemplo. Habíamos justo conocido el vídeo. El texto de 1988 no fue construido de forma a se preparar-se para las fuertes incrementaciones tecnológicas vivenciadas en poquísimo espacio de tempo. En estos términos, desde el punto de vista jurídico, si

interpretamos genéricamente la internet como un servicio de telecomunicación, tendremos que afirmar que se trata de un servicio público – lo que no es verdad. Las actividades de internet, en Brasil, son actividades económicas privadas (en que pese la carencia de legislación reguladora de la materia).

Algunos autores brasileiros, copiando técnicas y tradiciones extranjeras, buscan resolver dicha cuestión por medio del Principio de la Subsidiariedad, tanto la subsidiariedad vertical (que trata de la división de competencias federativas a partir de una preferencia a las entidades menores tales como los municipios); cuanto la subsidiariedad horizontal (que trata de la definición de competencias entre agentes públicos y agentes privados). Pero en Brasil, la cuestión es que no existe el principio de la subsidiariedad. Y además, Brasil es una “falsa federación”. Se trata, en realidad, de un Estado unitario disfrazado – pues la Constitución de 1988 ha conferido amplias competencias, en todas las áreas, para la Unión Federal, en detrimento de los Estados y Municipios.

En dicho contexto, la conclusión es que no existe respaldo jurídico, político, cultural en Brasil para la adopción de un criterio apriorístico. Siquiera histórico, pues históricamente, la descentralización política de tareas administrativas en Brasil fue un desastre, culminando en un fenómeno que pasamos a llamar de “coronelismo” (o régimen de los coroneles) – que se utilizaba del “voto de cabresto” (como el ganado, mismo) a partir del comando político autoritario de los coroneles locales. Y, asimismo, la Constitución de 1988 ha retirado expresamente el Principio de su texto (pues la subsidiariedad era principio expreso del régimen constitucional anterior). Y, además, es importante destacar que en Brasil nosotros no tenemos una sociedad civil activa y participativa. Es una sociedad muy cohesiva, pero inerte políticamente, principalmente se comparada a sociedades tales como la estadounidense, por ejemplo.

Imaginar que el Estado debe ser subsidiario a la sociedad civil o que el municipio es preferible a la Unión como entidad prestadora de servicios públicos o explotadora de actividad económica en

sentido estricto, es algo culturalmente inapropiado, para allá de jurídicamente inconcebible en el orden constitucional vigente. Y en dicho punto, la fundamentación de la división de competencias tanto entre Estado y sociedad civil, cuanto entre entidades federativas, en Brasil, es muy diferente del sistema europeo en general (y notoriamente el español). En Brasil, puede ser que sí; puede ser que en algunos casos se adopte preferencia para los organismos más cercanos al ciudadano; pero es cierto que no lo será en otros casos. El análisis de las variables para la decisión de quien es responsable por que cosa, necesita ser pragmática. Sin a priori o principios taxativos.

Un importante cambio que se espera, de esta suerte, del Poder Legislativo brasileño es la reglamentación del artículo 173 de la Constitución Federal que determina la publicación de una Ley General que críe el “Estatuto jurídico de las empresas estatales explotadoras de actividad económica” definiendo de una vez por todas en que casos pueden ser criadas dichas estatales (o sea, las llamadas “empresas públicas” – con capital exclusivo público y las llamadas “Sociedades de Economía Mixta” – con capital público y capital privado – y, aún, cual es su régimen jurídico. Mientras tanto, el Poder Ejecutivo, al mismo tiempo en que privatiza algunos sectores, ha creado, en los últimos 10 años, más de diez empresas estatales, cada cual con un régimen propio e independiente de las otras. En un claro casuismo político que ni siempre se sustentaría bajo razones técnicas.⁴⁹

Además, existen casos en Brasil de empresas estatales que al mismo tiempo explotan actividad económica en sentido estricto y prestan servicio público (actividades que a principio se desarrollan bajo regímenes jurídicos totalmente diversos, pero que acaban por tener que convivir de forma muy difícil – generando varios

⁴⁹ Ejemplos de estatales creadas: Amazonia Azul Tecnologías de Defensa S.A.; Agencia Brasileña Gestora de Fondos Garantizadores y Garantías S.A.; Empresa Brasileña de Planeamiento y Logística; Infraero Servicios; Empresa de Pesquisa Energética; Empresa Brasil de Comunicação; Centro Nacional de Tecnología Eletrônica Avanzada; Empresa Brasileña de Servicios Hospitalarios.

problemas que acaban en costosas y demoradas acciones ante el Poder Judicial; o perjuicios a los ciudadanos y al propio Poder Público). Eso pasa con empresas bancarias (como la Caixa Econômica Federal); en empresa postal (como la Empresa Brasileira de Correos y Telégrafos); en empresas portuarias, etc. Es el caso, también, de la Petrobrás y de la Itaipu, que operan bajo un régimen totalmente peculiar, creado especialmente para ellas, sin ley (lo que en Brasil, teóricamente, es inconstitucional).

Resáltese que, en Brasil, son comunes las inconstitucionalidades decurrentes de acciones formales de los Poderes Públicos. Algunas de ellas, totalmente “naturalizadas” – nosotros simplemente nos conformamos. O sea, conformamos la Constitución a la realidad. Poderes Públicos que, asimismo, llegan a pelear judicialmente sobre la competencia para prestar servicios públicos, debido a la falta de un criterio constitucional claro respecto a cual entidad federativa debe prestar algunos servicios públicos (es lo que pasa actualmente con el saneamiento básico, disputado ferozmente por Estados y municipios).

BIBLIOGRAFÍA

BACELLAR FILHO, R. F., “O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira”. *AeDP. Actualidad em el Derecho Público*, núm. 18/20, 2002.

- *Direito Administrativo*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008.

BEZNOS, C., “Transporte coletivo alternativo: aspectos jurídicos” *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, 1999.

CORTES, A. B., *Teoria Econômica*, Andres Nello, Santiago de Chile, 1968.

COSTÓDIO FILHO, U., *O serviço postal no Direito brasileiro*, Curitiba, JM, 2006.

FORTINI, C., *Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP*, Del Rey, Belo Horizonte, 2007.

GABARDO, E., *Eficiência e Legitimidade do Estado*, Manole, São Paulo, 2003.

- *Interesse público e subsidiariedade*, Fórum, Belo Horizonte, 2009.

- *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, Dialética, São Paulo, 2002.

GASTALDI, J. P., *Elementos de economia política*, 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999.

GIANNINI, M. S., *Trattato di Diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, v. I, 1988.

GRAU, E. R., *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002.

GROTTI, D. A. M., *O serviço público e a Constituição de 1988*, Malheiros, São Paulo, 2003.

JUSTEN FILHO, M., *O direito das agências reguladoras independentes*, Dialética, São Paulo, 2002.

- *Teoria geral das concessões de serviço público*, Dialética, São Paulo, 2003.

- *A noção de serviço público no Direito Europeu*, Dialética, São Paulo, 2003.

MARQUES NETO, F. A., “Direito das Telecomunicações e ANATEL” (Coord. C. A. Sundfeld). *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, São Paulo, 2000.

MARTINS, R. M., “Poder de polícia”, L. M. F. Pires; M. Zockun, *Intervenções do Estado*, Quartier Latin, Rio de Janeiro, 2008.

MELLO, C. A. B. de, *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008.

MENDONÇA, J. V. S. de., “Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo” *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, 2003.

MODESTO, P. (Coord.), *Nova organização administrativa brasileira*, 2ª ed., Fórum, Belo Horizonte, 2010.

MONCADA, L. C. de., “A subsidiariedade nas relações do Estado com a economia e a revisão constitucional” (Coord. J. Miranda) in, *Estudos em homenagem ao prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005.

MOREIRA, J. B. G., *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Fórum, Belo Horizonte, 2005.

NUSDEO, F., *Curso de Economia: introdução ao Direito económico*, RT, São Paulo, 1997.

OLIVEIRA, F. J. de, *Parceria público-privada: aspectos de Direito público económico*, Fórum, Belo Horizonte, 2007.

OLIVEIRA, G. H. J. de, *Contrato de gestão*, RT, São Paulo, 2008.

PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y administración: três estudos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995.

PEREIRA, C. A. G., *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos económicos dos serviços públicos*, Saraiva, São Paulo, 2006.

PEREIRA, L. C. B., *Crise económica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*, Ed. 34, São Paulo, 1996.

ROCHA, C. L. A., *Direito de para todos*, Fórum, Belo Horizonte, 2004.

SALGADO, E. D., *Constituição e Democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico – vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*, Fórum, Belo Horizonte, 2007.

- *Princípios constitucionais eleitorais*, Fórum, Belo Horizonte, 2010.

SUNDFELD, C. A., *Fundamentos de Direito público*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002.

VALLE, V. C. L. L., “O novo conceito de serviço público” (Coord. E. Guimarães) in, *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Fórum, Belo Horizonte, 2004.

WAHRLICH, B. M. de S., “Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente” *Revista de Administração Pública*, 1974, abr./jun.

ZANCANER, W., “Limites e confrontações entre o público e o privado” (Coord.R. F. Bscellar Filho) in, *Direito Administrativo Contemporâneo*, Fórum, Belo Horizonte, 2004.

MERCADO Y DESARROLLO: ¿QUÉ HACER CON EL PODER ECONÓMICO? (EL CASO DE LAS BEBIDAS FRÍAS)

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Universidade Federal do Paraná, Pontificia Universidade Católica
do Paraná

Weimar Freire da Rocha Junior

Universidade Estadual do Oeste do Paraná

El presente trabajo estudia la intervención estatal en la economía, partiendo de la premisa que afirma que todo tipo de intervención, trae consigo impactos sociales y económicos que deben ser considerados y ponderados en las decisiones adoptadas dentro del marco de las políticas públicas. La investigación reconoce el importante papel de las empresas en la organización social - mediante la generación de puestos de trabajo y el suministro de productos y servicios; los cuales resultan necesarios y/o útiles para la comunidad - y la inevitabilidad de la acción del poder constituido para contribuir a la mejora de las relaciones económicas y reducir al mínimo los efectos negativos de los fracasos del entorno competitivo. El movimiento de concentración empresarial es muy importante en el sector de bebidas frías (refrescos, agua y cerveza). En la mayor parte del mundo lo que podemos ver es una división muy clara en la industria. Las grandes compañías mundiales con un gran poder y dominio del mercado - lo que les permite, por ejemplo, participar más activamente en la formación de las instituciones a través del financiamiento de las campañas políticas-, junto a las pequeñas empresas regionales, sectorizadas y orientadas al consumo de ciertas comunidades. Las barreras fiscales, la entrada en el mercado y la logística de distribución también afectan la instalación y el mantenimiento de las empresas regionales. La investigación, por medio de instrumentos legales y económicos, busca evaluar la relevancia de las empresas regionales que operan

en el campo de las bebidas no alcohólicas y cerveza, los impactos económicos y sociales generados por la actividad empresarial, así como la percepción del entorno institucional en el que estas empresas operan, los movimientos de concentración empresarial y su impacto.

I. INTRODUCCIÓN

Las incongruencias en determinadas cuestiones, son comunes en la actualidad. Estas están presentes en la mayoría de países, como es el caso de Brasil y España. En la mayor parte de los países se estimula el desarrollo mediante la adopción de prácticas de consumo, que son instauradas por medio de fuertes estrategias de marketing asociadas al aumento de demandas individuales que provienen del incremento del acceso a la información.

Por otra parte, está la organización político-estatal guiada por los partidos políticos y sus líderes, cuyas propuestas son alternativas públicas adoptadas- en principio-, buscando mejoras en la sociedad.

Sin embargo, a pesar del acierto teórico de esta estructura, los partidos son conformados por hombres y mujeres cuyos propósitos, grado de información y acierto de decisiones, son difíciles de controlar.

En la otra acera, están los agentes privados, quienes, en lo referente a la práctica económica, encabezan los procesos relacionados a la actividad productiva. Sin embargo, como los sectores privados y sus organizaciones, también son formados por hombres y mujeres cuyos propósitos, grado de información y toma de decisiones son difíciles de controlar; son identificables en ellos aspectos positivos y negativos.

Como si no bastasen las imperfecciones de las organizaciones estatales y privadas. Las decisiones, sean públicas o privadas, deben considerar el hecho de, nosotros habitar un planeta amenazado por los efectos del desgaste de las fuentes naturales, efectos que son resultado del propio accionar del hombre, aumentado por catástrofes climáticas y geológicas que existen

desde - y probablemente sean su propia causa – cuando se crearon condiciones para habitar en el planeta.

Agréguese a esta complejidad los riesgos inherentes a las decisiones políticas, su poder de multiplicación de efectos negativos en escala – conocido como riesgo del *error político* – y los peligros que emanan del exceso de libertad de los agentes económicos en el mercado, los cuales son revelados mediante la dominación de sectores económicos específicos y su accionar con la finalidad de eliminar la competencia e incrementar su influencia en determinados mercados.

Sea cual fuere la alternativa por la que se opte – primacía de lo público o de lo privado – los efectos no serán exclusivamente positivos o negativos, sino la sumatoria de ambos; estos efectos, si se manifiestan a través de una expectativa afirmativa, nos indicará el acierto de la decisión.

La investigación se orienta, de forma específica, sobre un sector del ambiente productivo nacional e internacional que puede ser considerado polémico: el sector de bebidas, de forma especial, el sector de las llamadas bebidas frías, y dentro de este, la fabricación de gaseosas y cervezas.

Es notorio que el uso intensivo de bebidas industrializadas puede ser perjudicial para la salud, así como el consumo de diversos productos alimenticios que están disponibles en los anaqueles de las grandes redes de supermercados. Incluso productos notoriamente benéficos para la salud como legumbres, verduras y frutas, en ciertas ocasiones son criticadas debido al uso de técnicas de producción – como aquellos considerados transgénicos - o mediante la utilización de agrotóxicos.

Sin embargo, cuando se visualiza el mercado de bebidas también debe ser considerado el impacto que el sector de producción, distribución y comercialización de bebidas frías provoca en el ambiente económico y social nacional.

La presente investigación pretende demostrar la importancia de dicho sector para la economía del país y para el desarrollo regional. Así mismo, el papel del Estado, el cual por medio de sus

agentes de regulación e instituciones inciden en el sector, teniendo en consideración el actual contexto del mercado.

Adicionalmente, se pretende revelar algún aporte mediante el análisis de algunos ordenamientos económicos comparados (se optó por incluir algunas notas sobre el sistema portugués e italiano, además del brasileiro).

Se cree que las interacciones entre libertad de iniciativa privada e intereses de la colectividad, estimulan estudios doctrinarios en el Derecho que podrían contribuir de forma decisiva en el perfeccionamiento de las relaciones económicas y sociales.

El artículo se desdobra en tres fases: la primera de ellas, busca presentar algunas ideas sobre la acción del estado en la economía, tomada aquí en su *locus*, el mercado. Posteriormente, será presentada una breve explicación referida a la evolución del sector de bebidas frías en Brasil. En su tercera parte, serán sintetizados los resultados de una pesquisa empírica realizada en Brasil, en Portugal y en Italia, cuyo propósito es determinar si la experiencia brasileira en lo que se refiere al sector, es un proceso de características propias, o si otros países experimentaron situaciones semejantes.

II. MERCADOS, LIBERTADES E INTERVENCIÓN

La interferencia del Estado en los mercados de los países en crecimiento, lo que también se repite en los países desarrollados en períodos de crisis, se mantiene en niveles elevados, principalmente cuando es constatada la falta de iniciativa de los empresarios privados en explotar determinadas actividades, especialmente aquellas relacionadas a la construcción de infraestructura industrial y de servicios. O cuando se dan excesos comprometedores del sistema capitalista.

Esa eventual falta de interés privado, puede ser explicada por la necesidad de capitalización intensiva y de lenta maduración empresarial en términos de retorno, bajo la forma de lucros del capital invertido, primer objetivo de la iniciativa privada.

Cuando la intervención pretende corregir los excesos del sistema, los problemas provienen normalmente, o del conflicto de intereses en el interior de las empresas (conflicto de agencia) - como sucedió en el escándalo de la Enron -, o de la búsqueda de ventajas exageradas debido al acceso a informaciones privilegiadas (comportamiento oportunista), como en el caso del *subprime*.

Sin embargo, la experiencia histórica en la sociedad y economía de los países en desarrollo no permite que el Poder Público, el Estado, se deslinde por completo de la actividad económica, siendo una utopía acreditar que la iniciativa privada actuará siempre de tal forma que permita que los objetivos colectivos de desarrollo social y económico sean alcanzados.

Si no es de manera directa – cada vez mas restricta – el Estado es autorizado a interferir en la práctica económica de forma indirecta, la cual se puede dar, por medio de incentivos fiscales y financieros para los agentes económicos, por el control administrativo, así como por la disciplina de las estructuras societarias empresariales de la empresa en dificultad y por el control sobre el contenido y eficacia de los contratos relacionados a las prácticas económicas.

Un Estado cada vez menos actuante en la economía y cada vez con mayor presencia en la regulación y fiscalización de la conducta del agente, es escenario para el actual marco económico y jurídico en la mayoría de países en desarrollo.

En ese contexto, el Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo son dotados de instrumentos aptos a restringir la libertad de iniciativa económica general cuando es necesario salvaguardar intereses mayores. El primero por ejemplo, al juzgar y eventualmente alterar cláusulas contractuales relacionadas a la práctica económica, y al conducir el proceso judicial de administración temporal de empresas en dificultades económicas, en disolución o en proceso de falencia. Por su parte el Ejecutivo, por ejemplo, mediante la disciplina de estímulo o retracción a determinadas ramas de la economía, o incluso, por el acompañamiento de operaciones económicas que puedan poner en riesgo la propia sobrevivencia del régimen de mercado adoptado por el país, una muestra de ello, la actuación del CADE

(Conselho Administrativo de Defesa Econômica) en Brasil. El Legislativo, por la aprobación de instrumentos legales relacionados, por ejemplo, a la disciplina de las empresas en dificultades o fijando normas fiscales.

Sin embargo, la intervención del Estado en los mercados, siempre acarreará efectos, sea en mayor o menor medida tanto en el orden social como económico, cuyos impactos deben ser considerados y sopesados por quien toma las decisiones relacionadas a las políticas públicas.

El agente privado es por excelencia, quien actuará en la producción de bienes y servicios que son ofrecidos a la colectividad. En un régimen en el cual las negociaciones se concretan en el mercado, son por lo menos dos institutos económicos fundamentales quienes conforman la estructura de estas operaciones: la propiedad y la empresa.

En los más diversos sistemas jurídicos y en diferentes grados, ambas padecen restricciones y son condicionadas en su ejercicio individual en beneficio de los intereses de la colectividad. Esas condicionantes no representan una negativa a la primacía de lo particular en las relaciones tradicionalmente llamadas de carácter privado, sino una modificación del significado de la expresión sujeto de derecho, en el cual los intereses tutelados se separan de lo individual para alcanzar las repercusiones socialmente deseables de la actuación privada en el mercado.

Además de la dificultad para entender el papel del Estado en las relaciones de mercado, los países conviven con nuevas corrientes de globalización de difícil definición, esto “porque es un proceso que se hace sentir en diferentes áreas: puede ser analizado desde el punto de vista estrictamente sociológico, también financiero, comercial, económico, etc.” (ARNOLDI e MICHELAN, 2000, p. 157).

Las consecuencias de este proceso se tornan evidentes, estas se manifiestan por ejemplo, en el proceso de aproximación entre empresas nacionales e internacionales. Las constantes operaciones de fusión e incorporación entre empresas conducen al

establecimiento de megaempresas, cuyo papel social va más allá de la simple producción de bienes y servicios que integran su objetivo.

Teniendo como referencia estas empresas, las cuales en algunos casos llegan a emplear más de 300.000 trabajadores, podemos observar que las relaciones comerciales pueden ejercer un papel esencial en el desarrollo de la región en la cual se encuentran localizadas sus fabricas y almacenes, trayendo consigo desarrollo en sectores conexos como el de fornecimiento de materia prima, o priorizando la infraestructura del local.

Evidentemente en países como Brasil, hasta ahora, la posibilidad de desarrollo y mundialización de las relaciones económicas se presenta prácticamente como una vía de un solo sentido, mediante apertura a las inversiones de capital extranjero, sin contar necesariamente con la esperada contrapartida. Estamos amoldándonos a un proceso iniciado en otros sistemas jurídico/económico/sociales, sin saber exactamente como resolver discusiones como aquellas derivadas de la instalación de empresas de capital extranjero que envían el lucro percibido por el emprendimiento, para inversiones en el país de origen – utilizando el mercado brasilero meramente como mercado de consumo - o de la formación de situaciones de monopolio o casi-monopolio de hecho, para determinadas actividades, teniendo como una de sus potenciales consecuencias la disminución en el poder de elección del consumidor, cuyo acceso a los bienes y servicios pasa a estar limitado a ciertas marcas que dominan determinado mercado.

Las desigualdades entre las economías con mayor o menor desarrollo pueden servir de base y estimular la adopción de políticas orientadas al desarrollo económico de un país, en circunstancias en las cuales no se podría prescindir de la intervención del Estado en la práctica económica. Todo ello con la finalidad de contornear los efectos negativos, consecuencia de la falta de estabilidad del mercado nacional y de la carencia de inversiones en desarrollo tecnológico.

Sin embargo, se mantiene la importancia del papel desempeñado por las empresas para la organización social - debido a la

generación de puestos de trabajo, y oferta de productos y servicios que se tornan necesarios y/o útiles para la colectividad - no justificando la implantación de un ambiente institucional que separe el potencial interés privado de invertir en la actividad económica, incluso bajo la premisa de priorizar las relaciones económicas o para minimizar efectos negativos del sistema económico adoptado.

El mayor desafío de los sistemas económicos está justamente en el entrechoque producido entre libertad de los agentes privados - en los más diversos mercados-, las grandes concentraciones empresariales y el interés colectivo.

III. AMBIENTE INSTITUCIONAL EN EL SECTOR DE BEBIDAS FRÍAS EN BRASIL

La concentración empresarial es bastante significativa en el sector de bebidas frías (gaseosas, agua y cerveza). En Brasil y otros países examinados, lo que se observa es una división bastante clara en el sector. Grandes empresas mundiales con un extenso mercado y poder - lo que les permite, por ejemplo, participar de forma más efectiva en la formación de las Instituciones, generalmente financiando campañas políticas - a lado de pequeñas empresas regionales, sectorizadas y direccionadas al consumo de determinadas colectividades.

En Brasil, por otro lado, la propia sistemática tributaria es estructurada preferentemente en favor de grandes empresas y no para las empresas regionales de menor porte. Desde el punto de vista económico, la tributación incidente sobre el sector de bebidas frías establece un marco que estimula la concentración de mercado y perjudica la competitividad entre empresas de portes diferentes.

Estudios (RIBEIRO et al., 2011) revelan que el régimen tributario perjudica sensiblemente la competencia económica en el mercado, además de por sí solo representar un desafío a ser ecualizado por las empresas de gran, mediano y pequeño porte.

Las barreras de entrada y la logística de distribución también perjudican la instalación y mantenimiento de las empresas regionales. En tal sentido, la concentración de mercado inhibe la competencia y disminuye la cantidad de productos disponibles en los mercados, con reducción de marcas, sabores y cantidades. Comparando con otros segmentos caracterizados por mayor diversidad de productos, marcas y embalajes; las transformaciones sufridas en el segmento de bebidas frías propician reflexiones respecto a los límites y oportunidades que se puede esperar de este segmento, de cara a la reducción de ofertas.

Por otro lado, como fue manifestado, el sector de bebidas frías pasa por un período de consolidación, el cual viene siendo ejecutado por gigantescas empresas mundiales.

Según la experiencia Brasileira, la primera instalación fabril en el sector data de 1904 y según datos del año 2011, hasta ese año, existían alrededor de 238 empresas regionales. Una de las características en el mercado interno es la creación de sabores regionales y la operatividad a cargo de empresas familiares.

De esta forma, emprendimientos que tienen a ver con pequeñas y medianas empresas guardan relación con inquietudes de la sociedad referidas a la libre competencia, el poder de elección del consumidor y con el crecimiento de una economía teniendo como base trabajadores y empresarios del propio país (BAIRROS,2011).

Las pequeñas y medianas empresas regionales, en su mayoría son firmas centenarias muy próximas de la comunidad que contribuyen con el desarrollo local. En Brasil, todas ellas, son responsables por más de 21.000 empleos directos en todo el país. Por otro lado, las grandes corporaciones son compuestas por empresas del sistema Coca-Cola, incluyendo su empresa de concentrado Recofarma Indústria do Amazonas Ltda y sus franquías en Brasil; y por la AMBEV, con sus empresas de concentrados Pepsi-Cola Industrial da Amazônica y Arosuco Aromas e Sucos.

Además de la AMBEV y de la Coca-Cola, el grupo Schincariol también puede ser considerado una gran corporación, pues posee

características semejantes a las demás. Las empresas que componen el sistema Coca-Cola, generan cerca de 25.000 empleos en Brasil, en 36 plantas. Por su parte la AMBEV, en el sector brasilero de gaseosas, emplea más de 3.000 trabajadores (BITTENCOURT; PEREIRA NETO, 2011).

A pesar de la importancia regional de las pequeñas y medianas empresas en el sector; juntas la Schincariol, la AMBEV y la COCA-COLA responden por más del 80% de la producción de gaseosas y el 90% de la facturación del sector en Brasil (BITTENCOURT; PEREIRA NETO, 2011).

Este escenario donde prevalecen las grandes empresas internacionales, es consecuencia de diversos factores, entre los que destacan las barreras al ingreso, la influencia del marketing, dificultades del proceso de distribución y el sistema tributario incidente sobre este sector.

Por otro lado, a cada nuevo proceso de adquisición en este rubro, mayor la consolidación de las marcas que dominan el mercado, ello debido a que ha sido una constante el retiro de los productos regionales del mercado como estrategia de dominación de los grandes fabricantes. Si, por un lado, se observa que la eficiencia conduce al crecimiento de las empresas con mejor organización y profesionalismo, por el otro, el sistema impone el exterminio de sabores locales y desarticula administraciones productivas familiares. Finalmente, pero no menos importantes son los efectos negativos producidos por las prácticas no competitivas que algunas empresas de gran porte utilizan en sus estrategias para la ampliación de su segmento de mercado.

Tal vez el gran dilema, al reflexionar respecto a las relaciones entre Estado y Mercado, este en la aceptación de la prevalencia absoluta de las fuerzas de un mercado libre que se amolde a partir de operaciones de adquisiciones y fusiones de un determinado grupo de empresas mundiales – y la padronización de bienes y servicios ofertados – en perjuicio de otras formas de organización de menor eficiencia en términos de crecimiento, pero no menos relevantes en su rol social específico; o en el riesgo de delegar al

agente político poder para interrumpir procesos de concentración en nombre de una elección ni siempre eficiente o correcta.

IV. PESQUISA EMPÍRICA

1. Breve retrospectiva

Basándonos en países de América del Sur y de la Unión Europea, observamos que los segmentos de gaseosas y cervezas, que pertenecen al mercado de bebidas frías, han vivenciado experiencias socioeconómicas comunes.

La nueva organización de este mercado puede modificar las diferentes disposiciones de las relaciones entre los agentes económicos que participan en el sistema productivo y otros segmentos correlatos de la sociedad contemporánea.

El tema de las bebidas- como fue mencionado en este trabajo -, trae a colación debates económicos, cuestiones relacionadas a la salud y nutrición de adultos, jóvenes y adolescentes, el constante envejecimiento del planeta y además el proceso de hidratación de personas de todas las edades; esto sin considerar las discusiones sobre límites publicitarios y alcoholismo que afecta directamente a parte del sector.

En el segmento económico analizado, las discusiones abarcan directamente consideraciones sobre políticas públicas, como la tributación de los productos – y su poder de interferir en la formulación de los precios y, por lo tanto, la competitividad de las empresas que operan en el sector -, la concentración de mercado y prácticas no competitivas, así como el estancamiento de los segmentos de mercado de empresas de mediano y pequeño porte, frente a las empresas de mayor envergadura.

Otras preocupaciones están referidas al perfeccionamiento de los procesos productivos, que resguarden la calidad y seguridad alimentar de los consumidores, una demanda de la sociedad que debe exigir – y aquí no cabe duda - la acción del Estado para desarrollar políticas públicas que puedan aminorar problemas de esta naturaleza.

Dentro de este escenario, la investigación busca establecer un comparativo entre el mercado de bebidas frías en Brasil y en algunos países de la Unión Europea con la finalidad de confrontar las similitudes y diferencias que existen entre ellos. Con esto se espera revelar puntos de convergencia que ayuden en la orientación que pueda ser otorgada en términos de políticas públicas, para aplacar los problemas en el sector, buscando mejoras tanto económicas como sociales de los agentes privados cuyos intereses merecen ser tutelados.

2. Procedimiento metodológico

La investigación empírica adoptó un procedimiento metodológico que consistió en la elaboración de un cuestionario específico que fue presentado a productores del sector. Igualmente, con algunas adaptaciones, también fue aplicado a asociaciones nacionales que congregan fabricantes de bebidas.

El trabajo de campo ocurrió durante los meses de noviembre de 2011 a marzo de 2012. Algunas de las entrevistas fueron realizadas personalmente y otras enviadas vía correo electrónico. Una vez completados, los formularios fueron devueltos por los propios entrevistados.

Dentro de estos formularios, los que fueron respondidos por las Asociaciones de Fabricantes del Sector en Brasil, Italia y Portugal, sirvieron de base para la elaboración de este trabajo. Cabe indicar que estos formularios fueron respondidos por sus presidentes.

Estos documentos contenían veinte preguntas divididas en los siguientes sub ítems: identificación del entrevistado, factores organizacionales, factores de competencia, factores empresariales y factores institucionales.

Las informaciones contenidas en las entrevistas fueron confrontadas con las anotaciones teóricas de este estudio y sirvieron de base para los próximos parágrafos y las consideraciones finales.

3. Resultados y Discusiones

A. Asociación Brasileira de Fabricantes de Refrigerantes¹

La Asociación Brasileira de Fabricantes de Refrigerantes fue fundada el año 2005 por pequeños y medianos productores de gaseosas, cervezas, agua y otras bebidas como isotónicos, energéticos y mates, sin incluir la micro-cervecería. Actualmente la AFREBRAS cuenta con 250 asociados, quienes tienen un rendimiento bruto anual de aproximadamente 4 millones de Euros.

El objetivo de la AFREBRAS es representar los intereses de los pequeños y medianos fabricantes resguardando un mercado que posibilite igualdad y exención de intereses, independientemente del tamaño de las empresas, desarrollar proyectos que fortalezcan el sector, concretar acuerdos entre instituciones públicas y privadas, apoyar y desenvolver eventos, investigaciones y publicaciones del sector y asesoría a los asociados. En tal sentido, la AFREBRAS ofrece cursos de entrenamiento para sus asociados en convenio con el Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, - SENAI (una Organización no gubernamental), desarrolla proyectos para concretar publicaciones conjuntamente con universidades brasileras y anualmente realiza un congreso para reunir a sus asociados y discutir temas pertinentes al rubro en el que se desempeñan.

En el sector brasilerero de bebidas frías existe una fuerte separación entre grandes, pequeñas y medianas empresas, cuyas diferencias se acentúan en las escalas de producción, en las extensiones de mercado, en la tecnología industrial, distribución de la producción y capacidad de inversión que afecta significativamente el segmento del mercado (*market share*) de bebidas frías brasilerero.

La asociación busca tornar la competición lo más igualitaria posible, canalizando sus esfuerzos en buscar la forma más justa de tributación del segmento, ya que las grandes empresas actúan en todas las regiones brasileras, compitiendo con las empresas de

¹ Gaseosas.

pequeño y mediano porte que actúan en mercados locales. Mientras que las estrategias de las grandes empresas son de las más diversas, como marketing, plazo para pagos, alianzas con grandes minoristas y creación de marcas secundarias para competir en mercados locales; las empresas pequeñas y medianas tienen una dimensión regional y adoptan como estrategia básica la “precificación” de sus productos. Sin embargo, la competencia por medio de la fijación de precios menores compromete a la empresa a largo plazo, ya que normalmente lleva a la descapitalización, lo que torna los recursos financieros más escasos e insuficientes para la indispensable inversión en marketing, distribución, producción y recursos humanos. Frente a este panorama, es frecuente observar movimientos de salida o venta de estas empresas para empresas líderes.

Para el consumidor, la expectativa, es que a largo plazo se produzca una reducción de marcas y sabores regionales, ya que las empresas regionales tienden a cerrar o ser absorbidas por una mayor, la cual puede o no mantener la marca y los sabores en los mercados.

En Brasil, existen algunas pequeñas empresas que concentran su estrategia en la asociación de sus productos con los sabores regionales, cuya venta es concentrada en el comercio de barrios y periferia de las ciudades, locales algunas veces postergados por las grandes empresas del sector.

La asociación considera una de las grandes victorias, resultado de la acción conjunta, los avances en el área tributaria con la variación parcial de la sistemática de los impuestos indirectos federales incidentes, pues hasta el 2008 la tributación incidía sobre un valor fijo por litro producido, y a partir del mismo año, el cálculo de estos tributos fue modificado y paso a ser cobrado sobre el precio de la mercadería, permitiendo que las empresas que ofertan productos más caros sufran una tributación mayor.

La entrevistada destaca además, que las grandes empresas del sector poseen unidades en la Zona Franca de Manaus, región en la capital del Estado de Amazonas, Brasil, cuyas sedes reciben incentivos fiscales que desequilibran el mercado.

Es frecuente en el sector el problema de *rent seeking*, por medio del cual una serie de favores y ventajas son absorbidos y transferidos para las grandes corporaciones, quienes se benefician de esta situación. Además, los lobistas de las grandes empresas tienden a conseguir una serie de ventajas para los grupos que financian las campañas electorales.

Como perspectivas vislumbradas por la AFREBRAS, a corto plazo se propone realizar acciones destinadas a corregir distorsiones tributarias y de competencia, observadas en el sector; a mediano y largo plazo, crear condiciones necesarias y suficientes para que los asociados cuenten con capital para invertir en sus negocios, en diferentes áreas, principalmente en innovación.

B. Asociación Italiana de Productores de Cerveza

La asociación Italiana de Productores de Cerveza (ASSOBIRRA) indico en el formulario enviado, que su año de fundación fue en 1907. Esta entidad congrega a las empresas productoras de cerveza y a las micro-cervecerías italianas. Figuran como sus asociadas diez de las once empresas que operan en la rama. En el segmento de micro-cervecerías existen 22 asociados de 400, y la ASSOBIRRA representa el 98% del mercado cervecero italiano. La facturación media por empresa asociada es de 2,5 billones de euros.

Las principales actividades realizadas por la ASSOBIRRE están relacionadas al lobby, permitiendo una actuación organizada por parte de las empresas del sector, funcionando como un puente de comunicación entre los representados y segmentos de la sociedad civil y del gobierno. Su actuación es sumamente relevante en lo que concierne a la regulación que recae sobre el mercado específico de las cervezas.

Las principales acciones de la ASSOBIRRE están orientadas a la reducción de tributos, la expansión del libre comercio de la cerveza; además de la construcción sólida de la imagen de los asociados, del producto cerveza y del sector como un todo. Antiguamente, fue también la encargada de ofrecer cursos de actualización para sus asociados.

Según la ASSOBIRRE existe una gran diferencia entre las empresas regionales y los grandes grupos cerveceros en toda Europa, no solamente en Italia. Las empresas regionales padecen más con la burocracia que les es destinada, consecuentemente los pequeños comercializadores tienen dificultades para vender donde los grandes mayoristas están presentes. Por tal razón, el asociado tiende a quedar estancado en su mercado regional y ocasionalmente, en temporadas específicas, como fiesta de final de año, entra en mercados no habituales.

Como las diferencias entre las empresas locales y los grupos cerveceros son considerables, los asociados de la ASSOBIRRE tratan de mantener los sabores y características locales de sus cervezas para tener un diferencial; este a su vez, hace posible que estas empresas sobrevivan.

Adicionalmente, ello se complica por la existencia de una competencia entre las regiones italianas propiamente dichas y otras regiones de Europa. En relación a la tributación, las cervezas y otras bebidas alcohólicas como destilados y vinos, pagan 21% de VAT, y además otro impuesto calculado por la graduación alcohólica de la bebida, en el caso de la cerveza €\$ 2,39/hectolitro de cerveza.

En opinión de la entrevistada, los segmentos de vino y destilados son protagonistas en las acciones de lobby, además estas empresas disputan mercado con el sector cervecero.

La aspiración de la ASSOBIRRE es aminorar las distorsiones que puedan ser identificadas al comparar el ambiente institucional en el cual se desarrollan las actividades de otros segmentos de bebidas alcohólicas, específicamente, en el caso italiano, el vino.

C. Asociación Portuguesa de Cerveza

En relación a la Asociación Portuguesa de Cerveza, esta fue fundada en 1986 y congrega a las industrias de cerveza y gaseosas portuguesas con una facturación media de un millón de euros.

En el formulario llenado, destacan como principales actividades de la organización, las relacionadas a la representación de la industria cervecera junto a la Unión Europea y a las demás

organizaciones internacionales. Así mismo, dar apoyo a los asociados en temas referidos a políticas y legislaciones que afecten el mercado cervecero portugués, también orientaciones sobre marketing, estrategias de producción y de consumo.

La Asociación dirige sus esfuerzos a la producción sustentable que preserve el medio ambiente, y al incremento de las acciones socialmente responsables en un ambiente de competitividad e innovación.

Considera que los resultados obtenidos por la Asociación Portuguesa surten efecto conforme las articulaciones efectuadas con los demás segmentos de la sociedad y con el gobierno, garantizando un mayor reconocimiento para el sector.

En relación a la competencia, considera que, en el nivel interno esta se demuestra blanda entre sus asociados. Por otro lado, y esta característica fue especialmente destacada en el ámbito portugués, se constata una fidelidad, en la rama cervecera, con relación al producto típicamente portugués, lo que propicia que parte de la rentabilidad del sector derive de la búsqueda por el producto y su consumo por los portugueses, sea esto en el mercado portugués, o en el caso de los portugueses establecidos en otros países, en otros mercados.

4. Apuntes sobre el estudio empírico

Las asociaciones entrevistadas tienen sus idiosincrasias apegadas a los procesos históricos, culturales y territoriales en que cada una de ellas esta inserida.

Sin embargo, se observa que todas las entrevistadas manifiestan una preocupación en común relacionada al sistema tributario incidente sobre las bebidas, cada una con sus particularidades. Por ejemplo, la AFREBRAS tiene en vista constantemente tornar la recaudación tributaria más equitativa entre grandes y pequeñas empresas, para llegar a ese objetivo utilizó recursos del lobby, estrategia que también es adoptada por las demás Asociaciones estudiadas.

Si bien la Asociación brasileira destaca por las acciones que buscan estabilizar las distorsiones que derivan del tratamiento institucional dado a la empresa de gran tamaño y a aquella de pequeño y mediano porte; en el caso europeo, la distorsión es identificada en el tratamiento otorgado, por medio de políticas proteccionistas a la producción del vino.

La experiencia brasileira apunta aún mas para las dificultades del mantenimiento no solamente de las empresas regionales, sino de los sabores locales, ya que los procesos económicos concentracionistas dificultan la perpetuidad de las empresas de carácter regional, así como de sus productos específicos.

El mercado italiano de las micro-cervecerías, por otro lado, es descrito como un sector que se mantiene justamente en razón de la vinculación de los productos ofrecidos con características peculiares que pueden inducir a una forma de fidelización de parte del consumidor.

En todas las experiencias relatadas es enaltecido el papel de la acción organizada de los fabricantes en el sector, así como la necesidad de constantes manifestaciones frente a los agentes públicos, en la forma de acción de lobistas, fuente de presión frente a las autoridades legislativas y regulatorias en provecho de quienes actúan en el sector.

V. CONCLUSIÓN

La hipotética separación entre las cuestiones privadas empresariales y el Estado no ostenta la nitidez que se resalta en el campo teórico.

Vale decir, no es apenas el grado de desarrollo tecnológico o de inversión de un empresario que conduciría a obtener mejores resultados, tanto en escala privada como en impactos sociales o en la actividad por él desarrollada.

Toda actividad empresarial está inserida en un ambiente institucional, el cual, en su aspecto formal, está referido a la elaboración y aplicación de leyes y reglamentos, además de la acción fiscalizadora del agente público.

En el sector analizado, el de las bebidas frías, se observan constantes movimientos de concentración empresarial y la dificultad para mantenerse que tienen las empresas de pequeño porte.

Incluso, en el ambiente europeo, la libertad de iniciativa en el sector es afectada por factores culturales e históricos que conducen a políticas que favorecen la producción del vino.

Admitir que el único criterio que se debe adoptar en lo que se refiere al mantenimiento o no de una empresa sea la eficiencia en su gestión, significa desconocer los factores institucionales que afecten el sector, los mismos que influyen y alteran los resultados, esto debido a que ningún mercado es absolutamente independiente del ambiente institucional en el cual está inserido.

Por lo tanto, una mirada más amplia sobre un determinado mercado- en caso del presente estudio optamos por el análisis del sector de bebidas frías-, demuestra que las opciones políticas son reveladas bajo diversos matices: establecimiento de sistemas tributarios que desequilibran el sector; consideraciones sobre prioridades elegibles (como la prevalencia del vino sobre la cerveza); aceptación de la tendencia concentracionista en el sector; y omisión cuanto al establecimiento de políticas que minimicen las barreras que impiden o dificulten la sobrevivencia de las empresas regionales, especialmente al considerar las barreras de entrada y los costos en marketing en el sector.

Estas opciones de orden política son circunstanciales y pueden tornarse en, lo que llamamos en este artículo, *error* público, cuyos impactos normalmente pueden ser considerados no negligenciables en razón de la incidencia de las políticas públicas a toda una categoría de administrados.

Por otro lado, relegar el sector privado exclusivamente a su propia conducción, como si el mercado ostentase una vida independiente no estando sujeta a la interferencia del Estado o del Derecho, desconoce la fuerza del poder económico, la utilización de estrategias predatorias y, como consecuencia, la eliminación de la competencia en determinados sectores económicos. Eliminación

esta que impacta directamente en el mantenimiento de empresas regionales y sus productos.

De esta manera, la asociación entre mercado y desarrollo económico y social reviste extrema complejidad, es un eterno embate de fuerzas, teniendo por un lado la búsqueda por la eficiencia económica y del otro, los argumentos en favor de la preservación del derecho de elección; pudiendo ser del empresario, cuando opta por el ejercicio de una actividad independiente y regionalizada – con importantes impactos regionales en términos de ofertas de puestos de trabajo –, y de los consumidores quienes reivindican la diversidad de esta oferta.

Para que en el sector de bebidas frías se mantengan diversos modos de organización y de oferta, tendrá que enfrentar como ya viene enfrentando, políticas proteccionistas de sectores competentes, las nuevas concepciones de la sociedad con relación al consumo de bebidas, y la necesidad de actuación asociativa orientada a la sociedad civil y a los ajustes gubernamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ARNOLDI, P. R. C.; MICHELAN, T. C. de C. M., "Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada", *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Financeiro e Econômico*, RDM 117/157-162, 2000.

BAIROS, F. R., "Prefácio" (Coords. M. C. P. Ribeiro; W. F. Rocha Junior) in, *Concorrência e Tributação no Setor de Bebidas Frias*, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

BITTENCOURT, M. V. L.; PEREIRA NETO, J. B., "Setor de bebidas frias" (Coords. M. C. P. Ribeiro; W. F. Rocha Junior) in, *Concorrência e Tributação no Setor de Bebidas Frias*, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

RIBEIRO, M. C. P.; KOBUS, R. C.; GONÇALVES, O. O.; VIEIRA, J. L., "A concorrência no setor de bebidas frias" (Coord. M. C. P. Ribeiro; W. F. Rocha Junior) in, *Concorrência e Tributação no Setor de Bebidas Frias*, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

TERCERA PARTE

**NUEVOS ESCENARIOS DE LA
ADMINISTRACIÓN LOCAL**

REGULACIÓN DEL MERCADO DE SUELO. COMPETENCIA MUNICIPAL, SUPRANACIONAL E INCERTIDUMBRE GLOBAL

Analía Antik

Profesora Adjunta Ordinaria
de la Cátedra de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Rosario

I. INTRODUCCIÓN A MANERA DE RACCONTO

En oportunidad del anterior encuentro de la Red¹, se dejaron planteadas algunas cuestiones sensibles a nuestros países, como lo es el acceso a la vivienda de los sectores más vulnerables de la población, evidenciando algunas políticas y prácticas públicas en ciertas ciudades latinoamericanas, en algunos casos a fin de patentizar problemas comunes y, en otros, como casos ejemplificadores que eventualmente podrían ser recepcionados por nuestros sistemas, con las adaptaciones convenientes en cada caso.

En aquella presentación se analizó en primer término, la significancia del derecho al acceso a la vivienda adecuada y su relacionamiento con el derecho de propiedad. Luego, se tomaron diversos paradigmas existentes en América Latina, examinándose los resultados logrados por cada una de las comunidades en la que estos fueron aplicados.

A manera de conclusión, se afirmó que la situación apremiante y desesperante de los sectores vulnerables, no podrá ser solucionada por la actuación solitaria de los Estados, siendo imprescindible la participación de la sociedad civil, se trate de desarrolladores,

¹ Santa Fe, 21 al 23 de mayo de 2012. Tema abordado: “Mecanismos de acceso a la vivienda en América Latina. Algunos casos”. Panel: Derecho Administrativo e inclusión social.

ONGs, académicos, profesionales especializados, entre otros actores.

Y antes de cerrar, a manera de exhortación, se propuso que sigamos en este camino de construcción de muchos más árboles, que convirtamos juntos la gris teoría en propuestas más concretas que nos permitan evolucionar hacia sociedades más inclusivas y equitativas, bajo el paraguas de ese pasaje glorioso de Goethe, cuando le hace decir a Mefistófeles: *Querido amigo, toda teoría es gris, pero es verde el áureo árbol de la vida.*

Hoy, como complemento de aquella intervención, se pondrá énfasis en las estrategias en materia de regulación de mercados de suelo para el acceso a la tierra por parte de los sectores más vulnerables de la población.

II. HIPÓTESIS DE TRABAJO

El aserto con el que se nos ocurre comenzar esta alocución, es que *en materia de mercado de suelo, no existe una clara intervención del Estado y es hoy el mercado el que posibilita o no el acceso al suelo, sobre todo al suelo servido.*

A fin de examinar la conjetura así expuesta en torno a su corroboración o falsación², se analizará la regulación del mercado de suelo desde dos perspectivas:

a) como limitación al derecho de propiedad y a utilizar el suelo remanente;

² Término devenido de la Teoría de la falsabilidad, acuñada por el filósofo Karl Popper, cuya tesis central es que no puede haber enunciados científicos últimos, es decir, que no puedan ser contrastados o refutados a partir de la experiencia. La experiencia sigue siendo el método distintivo que caracteriza a la ciencia empírica y la distingue de otros sistemas teóricos. Diríamos en este caso, que si encontramos una clara política pública que derive en soluciones generales, definitivas y ecuanímes al flagelo de la carencia de vivienda adecuada para gran parte de la población en situación de vulnerabilidad que se encuentre por encima del mercado puro y duro, quedaría refutada la hipótesis aquí expuesta.

b) como fomento para el acceso a la vivienda adecuada.

Cuando hablamos de mercado de suelo, en definitiva nos referimos al precio o valor de la tierra³. Y cuando fijamos la atención en esta cuestión, no podemos soslayar que por un lado deben existir reglas claras en materia de usos y destinos del suelo, pero por el otro, que ese uso o destino que debemos asegurar para la protección del derecho de propiedad y a edificar, debe asegurar como bien social el acceso al suelo servido y a la vivienda adecuada al resto de la población que no tiene posibilidad de acceder por sus propios medios.

El Estado es [debería ser] un importante agente de influencia en el mercado inmobiliario urbano, pues a través de sus acciones y reglamentaciones interfiere [debería interferir] activamente en lo que se refiere al precio de la tierra y su valoración⁴.

III. DESARROLLO

a) Vamos a centrarnos primeramente en la primera acepción de regulación de los derechos individuales o ejercicio del poder del policía para limitar el derecho de propiedad y de edificar, partiendo de otro aserto ya expuesto en el anterior encuentro de la Red, que se resume en la siguiente frase:

El ejercicio del derecho de propiedad, no significa el ejercicio del derecho a especular.

³ El suelo urbano es un bien comercializable, por lo tanto opera en un mercado que presenta lógicas propias del capital financiero, de los agentes inmobiliarios, de las políticas públicas y de las asignaciones de valor devenidas de estimaciones subjetivas. La escasez de suelo urbanizable y el aumento desmedido de los valores dificulta el acceso a una parcela urbanizable en cualquier sector de la ciudad a la mayoría de los sectores populares y de las clases medias. DILLON, B., COSSIO, B., GARCÍA, L. y POMBO, D., *El ordenamiento territorial, la normativa urbanística y el mercado de suelo urbano: divergencias y ambivalencias*, Reencuentro de saberes territoriales latinoamericanos, XIV Encuentro de Geógrafos de América Latina, Perú, 2013, www.egal2013.com.pe, págs. 7 y ss.

⁴ *Ibíd.*, págs. 9 y ss.

En la Argentina el derecho de propiedad no tiene claramente una función social, a pesar que el tema aparenta una cuestión de Perogrullo, el mercado no lo entiende así. Resulta innegable hoy, que es un derecho que se encuentra alcanzado más por el derecho civil que por el derecho administrativo o constitucional⁵.

Para ser claros, quien accede a la propiedad encuentra protección constitucional, quien no, en principio no está alcanzado por las previsiones de los artículos 14 y 17 de la Constitución Argentina. Problema que entiendo igualmente resuelto -a pesar de que los gobiernos en todas las jurisdicciones aún no han tomado debida nota-, a través del sistema jurídico internacional que en materia de Derechos Humanos protegen el PIDESC, art. 11.1., la DUDH, art. 25, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XI, la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 23 y 27.3., la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 7 y 28 y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, art. 3.

Ahora bien, como los derechos no son absolutos, el derecho de propiedad puede limitarse conforme las leyes que reglamenten su ejercicio. Esas normas son eminentemente locales y muchas veces no poseen la objetividad necesaria para que el derecho sea operativo y otras para que el derecho no sea privativo del derecho de los demás⁶.

Aquí nos enfrentamos a serias irregularidades que muchas veces atentan contra el ejercicio efectivo del derecho (a pesar de que

⁵ En el caso del Derecho Constitucional, caso queda claro que lo que la Constitución protege es el derecho individual de propiedad y no a la propiedad o al menos no aparece allí su protección en el interés social.

⁶ Verbigracia, construcción en camino de ribera sin acceso del resto de la comunidad o barrios cerrados que obstaculizan el acceso de los ciudadanos que no forman parte de aquél, a calles públicas.

pareciera que este se protege incluso a veces con exceso de reglamentación)⁷.

¿Cuáles son las causas de estas irregularidades?

Entendemos que se dan porque el mercado desbocado va generando la necesidad de vender para hacer la diferencia en el estado que las cosas se encuentran y la regulación del Estado aparece tardía o totalmente ausente. Podríamos afirmar a través de un caso reciente en Rosario⁸, que aquí la regulación del mercado no existe o resulta inadecuada. No se puede decir que hay protección al derecho, cuando se lo permite operar de una manera deficiente o directamente vulnerando otros derechos humanos básicos como lo es el derecho a la vida.

Desde otro ángulo tampoco existe una regulación adecuada en torno a que el ejercicio del derecho de construir, como especie del ejercicio del derecho de propiedad, no asegura la reserva necesaria de suelo servido para prevenir o resolver problemas derivados del crecimiento desparejo con relación a las soluciones concretas, de asentamientos informales carentes de cualquier condición de habitabilidad.

Algunas de las explicaciones que pueden darse por el crecimiento espectacular de estos asentamientos, es la falta de programas de vivienda social, la inversión pública inadecuada en infraestructura

⁷ Por ejemplo, un Municipio lotea o permite habitar edificios que aún no poseen los servicios básicos, lo que es igual que decir que el derecho no puede ejercerse en plenitud (que valor puede tener una propiedad -así sea de alta gama- cuando no tiene agua, electricidad, gas, etcétera).

⁸ Accidente sufrido a causa de una explosión por una pérdida de gas en un departamento para sectores de altos recursos en la ciudad de Rosario por encontrarse habitado antes obtener el final de obra y de poseer los servicios públicos básicos, en el que una joven de 21 años perdió la vida. La red aún no se encontraba en funcionamiento por lo que el fluido se obtenía al momento del infortunio de un tanque de gas envasado. www.rosario3.com/noticias/policiales/noticias.aspx?idNot=128800.

urbana y no menos importante, que los mecanismos informales son rentables para quienes los promueven⁹.

Resulta de importancia entonces, revisar el sistema de regularización de asentamientos, para que la única solución no sea la titulación como propiedad individual de las viviendas, pensando en sistemas de propiedad colectiva ajenos aún a nuestro sistema legal. Sin embargo este es un instituto que está siendo muy debatido en la Argentina en el marco de la reforma del Código Civil¹⁰, aún en ciernes.

b) En cuanto a la segunda perspectiva abordada -la regulación del mercado de suelo como fomento-, se analizarán algunas pocas herramientas que podrían tenerse en cuenta a los fines de implementar una política pública de hábitat eficaz y eficiente.

b.1) Uno de los instrumentos más claros en materia de intervención y regulación estatal es el impuesto predial. Si analizamos la realidad latinoamericana, surge claramente que su relación con el PIB está muy por debajo de los países desarrollados. Mientras en el Reino Unido, Canadá y los Estados Unidos comporta alrededor del 3% PIB, en Latinoamérica sólo Uruguay llegó al 1%¹¹.

¿Cuál es la razón o posibles razones de tan marcada diferencia?

Una gran parte de la responsabilidad del estado de las cosas -precios altos, informalidad, insuficiente oferta de suelo a precios accesibles- debe ser asumida por la mala gestión del impuesto a la

⁹ SMOLKA, M. O., "Informalidad, pobreza urbana y precios de la tierra", *Land Lines Newsetter*, Volumen 15, Número 1, 2003, enero, pp. 1 y ss.

¹⁰ Va de suyo que la propuesta que se efectúa en esta alocución refiere a la solución del flagelo de los asentamientos informales, sin adentrarse en otros modelos en los que el instituto provoca ingentes rechazos.

¹¹ TORRES MIER y TERÁN, H., "El impuesto predial urbano. Análisis teórico y aproximación inicial al caso de la ciudad de Caracas" *Revista de Ciencias Sociales (RCS)*, Vol. XVIII, núm. 3, 2012, julio-septiembre, pp. 416 y ss.

propiedad inmobiliaria y más por la baja carga fiscal sobre el valor del suelo¹².

Entendemos que los administradores públicos latinoamericanos consideran que es antipopular subirlo o relacionarlo racionalmente con el valor de la propiedad. Cualquier economista u operador jurídico informado, podría opinar que por el contrario esta situación genera mayor acumulación y especulación a favor de sectores concentrados de la economía y con ello mayores problemas de acceso al suelo servido por los más vulnerables. El Estado se pierde la posibilidad de contar con recursos a los fines de la construcción de infraestructuras para sectores que no se encuentran en condiciones de afrontarlas. Amén de ello, no se cumple con el principio básico en materia tributaria que debe pagar más el que más tiene.

b.2) Otro modo de intervención que nos resulta de interés, es la regulación en materia de loteos para los sectores de menores recursos.

Se cree erróneamente que si se permiten loteos más pequeños, los pobres acceden con mayor facilidad. Sin embargo, en el mercado de suelo debemos tener en cuenta que el valor se rige hasta el tope en que el comprador está dispuesto a pagar. El pobre sabe que no solo debe pagar el coste del lote, porque como generalmente son periféricos, va a tener mayor costo de transporte para el acceso a su lugar de trabajo, a la atención medica, al colegio de sus hijos, etcétera. Si las regulaciones sobre loteos fueran más estrictas y no se permitiesen loteos menores a 150 m², por ejemplo, el coste del terreno no servido tendría casi el mismo valor que el coste de uno de 50. ¿Por qué? Porque el mercado informal se mueve con la misma gente, y el desarrollador debería ajustar sus expectativas a lo que el comprador puede o está dispuesto a pagar. Además, la

¹² LÓPEZ PADILLA, I., *El impuesto a la propiedad. Financiamiento de las ciudades con suelo urbano*, www.conorevi.org.mx/pdf/taller/07_Impuesto_Propiedad.pdf.

realidad en materia de loteos es su total desconexión con la infraestructura necesaria para lograr su habitabilidad¹³.

Esta herramienta sumada al impacto del aumento del impuesto predial con relación al PIB, entendemos disminuiría la acumulación y la especulación, redundaría en ingresos para el Estado para la construcción de infraestructura para los sectores que no pueden pagarla, o bien mediante una política clara de fomento atraería a operadores privados a esos fines.

En síntesis, la propuesta concreta en estos ajustados minutos, consiste en la utilización en materia de fomento de estas dos herramientas: a) adecuación del impuesto predial para obstaculizar la acumulación y la especulación -bajo el concepto de propiedad en función social-, con destino a la construcción de infraestructura que permita al Estado poseer mayor y mejor cantidad de suelo servido y b) Promover normativa tendiente a permitir loteos adecuados en densidad para el acceso al suelo servido de los sectores vulnerables.

Para concluir en este punto y relacionado a los instrumentos de fomento, muy someramente se hará referencia a un tercer instrumento que ha concitado en la Argentina al menos, severas críticas: el fideicomiso público.

b.3) Esta figura jurídica devenida del derecho anglosajón, aparece bajo el nombre de *use* en el siglo XIV, entendido como la transmisión hecha a un tercero, con obligación de conciencia en favor del transmisor o de algún beneficiario. Al parecer su

¹³ El loteo popular promocionado por agentes privados y públicos ha sido determinante en la configuración socio-espacial del territorio, resultando un sistema urbano disperso e inconexo, carente de inversiones en infraestructuras y de provisión de servicios, además de dificultades de accesibilidad. Confr. SAAVEDRA, T., *Experiencias emblemáticas en la superación de la precariedad y la pobreza urbanas en América Latina y el Caribe: acceso al suelo urbano para los pobres, Documento de Proyecto, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2006, pp. 62 y ss.

utilización se generalizó con el *Statutes of Mortmain*¹⁴ que impedía a las comunidades religiosas poseer bienes inmuebles. Luego del dictado de varias normas que volvieron a la figura muy rígida y a la escasa intervención de los tribunales de justicia, la figura comenzó a denominarse trust. La figura fue codificada a partir de 1850 y tomó fuerza con *The Trust Act* publicada en 1893.

También podemos referir a la regulación mexicana —desde 1924¹⁵— que lo hace a través de su Ley Orgánica de la Administración Pública y Ley Federal de Entidades Paraestatales. Es definida por la doctrina como *una entidad, unidad económica u organismo especial, el cual sin gozar de personalidad jurídica propia, constituye una nueva estructura administrativa, en virtud de la cual el Estado, representado por sus órganos administrativos en su carácter de fideicomitente, transmite a un fiduciario la titularidad de ciertos bienes o derechos destinados a la realización de un fin lícito determinado a favor del fideicomisario, que pueden ser uno o varios organismos públicos o privados, incluso sectores sociales, sujetándose a modalidades contenidas en el acto constitutivo y en las disposiciones aplicables a esta materia*¹⁶.

En otro sentido, algunos autores entienden que no se trata de una nueva estructura administrativa, sino de un contrato público de naturaleza evolutiva y por lo tanto ambigua¹⁷, por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se transfiere a título de confianza, para el cumplimiento de un plazo o condición que le dé el destino convenido¹⁸.

¹⁴ De 1279 y 1290 dictados por el Rey Eduardo I. POLLOCK, F. y MAITLAND, F. W., *History of English Law, Vol. 1*, Cambridge University Press, 1968, pp. 329 y ss.

¹⁵ Art. 73 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, que menciona a los bancos de fideicomiso.

¹⁶ CASTAÑEDA NIEBLA, A. J., *Los fideicomisos públicos*, UNAM, México, pp. 227 y ss.

¹⁷ Confr. VILLAGORDOA LOZANO, J. M., *Breve estudio sobre el fideicomiso*, Imprenta Popular, México, 1964, pp. 290 y ss.

¹⁸ CARREGAL, M. A., “Fideicomiso: Le malade imaginaire”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2009-F, pp. 959 y ss.

¿Qué tipo de bienes pueden ser objeto del fideicomiso público? No hay dudas que podría constituirse sobre bienes del dominio privado del estado (confr. art. 2342 Código Civil Argentino) porque se encuentran sometidos al tráfico jurídico¹⁹. Cuando nos referimos a bienes del dominio público, hay que tener en consideración, que los mismos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, por lo que puede verse frustrada la posibilidad de cumplir el objeto del fideicomiso, el cual es crear un patrimonio de afectación destinado a cubrir las eventuales obligaciones contraídas para satisfacer el fin público que motivó la celebración del contrato. Habría que trabajar en una legislación que aclare dudas sobre su constitución y funcionamiento, control de la ejecución de su presupuesto y cumplimiento de sus fines por parte del Congreso, con un fuerte régimen de responsabilidad sobre los funcionarios intervinientes, entre otras cuestiones.

En cuanto a las partes del fideicomiso son:

Fiduciante: Estado Nacional, Provincial o Municipal, sus entes autárquicos y otros entes y órganos que los integran.

Fiduciario: entidad pública o privada, en general un organismo de crédito.

Objeto: dinero en efectivo, aportes financieros de organismos internacionales, acciones de títulos de la deuda, inmuebles, etcétera.

Finalidad: satisfacción de las necesidades de la colectividad referidas a infraestructura pública.

¹⁹ La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe ha tenido la posibilidad de expedirse sobre el tema, expresando que "Todos los bienes del Estado que no están incluidos o comprendidos en el dominio público constituyen el patrimonio del mismo y de los entes públicos en general. Estos bienes están sujetos a las reglas del CC, es decir al régimen de la propiedad privada, salvo las disposiciones contenidas en leyes especiales que les conciernen, confr. *Juárez c/ Comuna de Tacural*, A. y S. T. 87, pp. 201 y ss. y *Ríos*, A. y S. T. 228, pp. 228 y ss.

Beneficiarios: destinatarios mediatos o inmediatos de la acción de fomento o el mismo Estado.

Entiendo que estas herramientas, deben ser profundizadas en su estudio e implementación adecuada a fin de generar instrumentos de planificación y gestión eficientes y eficaces para el abordaje integral del problema del hábitat para sectores de bajos recursos.

Los antecedentes en nuestro país se registran desde el año 1990, algunos creados por ley y otros por decreto del Poder Ejecutivo²⁰. Dos de ellos tienen por objeto el desarrollo de infraestructura.

Es cierto que no es una figura aceptada ampliamente en Argentina por entenderse que no se encuentra sometida a la Ley de Administración Financiera, que carece de una adecuada regulación jurídica, que se crean a espaldas del Congreso y por tanto no se encuentra sujeta a control, que su contabilidad no es transparente, entre otras críticas. Sin embargo el problema no es la figura que puede resultar altamente útil para la construcción de infraestructura adecuada, sino la forma en que los gobernantes de turno pueden llegar a utilizarla.

IV. COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE SUELO

Este tema siempre genera tensiones entre las facultades que pretenden para sí los Estados Federales y en el caso de la Argentina, los que defienden las Provincias y los gobiernos municipales.

El art. 121 de la Constitución Nacional, expresa que *Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

Entre los poderes delegados no se encuentra el de la regulación del ordenamiento territorial²¹. Por su parte el art. 124 *in fine*

²⁰ Aunque desde la sanción de la Ley 25.565 (B.O. 21/03/2002), sólo podrían ser creados por ley.

²¹ Vide arts. 6, 23, 27, 75 incs. 12 y 22 al 29, 99 incs. 11 al 16 y art. 116.

establece que *Corresponde a las Provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio*, norma entendemos que debería leerse armonizada con las disposiciones de los arts. 41 y 75 incs. 5, 17, 18, 19, 22 y 23²².

Sin perjuicio de lo expuesto, lo que importa es poner la mira en el ciudadano y no en las atribuciones o competencias estatales, por lo que entiendo que el Estado Federal debería garantizar presupuestos mínimos de acceso al hábitat que no podrían ser desconocidos por los entes provinciales o municipales.

A su vez, un tema que resulta insoslayable es el de los recursos económicos y financieros en manos de cada jurisdicción para el cumplimiento de las políticas públicas que se diseñen al amparo de esos presupuestos mínimos, para su implementación por parte de los gobiernos provinciales y municipales, quienes deberían tener a su cargo la planificación y gestión respetando esos presupuestos mínimos.

En general, las estructuras estatales clásicas parecen no resultar las adecuadas para solucionar el problema del hábitat, especialmente bajo el paradigma de programas no concertados que dependen del funcionamiento de un órgano específico como puede ser un ministerio o una secretaría sin la debida articulación con otros actores públicos o privados.

Podría pensarse en órganos o entes estatales con habilidad para concertar estrategias con otros operadores estatales o privados, que trabajen bajo el paradigma de la interdisciplina, para el abordaje de un tema tan complejo como lo es el del acceso al hábitat de sectores vulnerables de la población, que no pueden ser abandonados a los caprichos del mercado del suelo.

²² Respecto de este último inciso que refiere en su primera parte a *Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, de las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*.

V. EL DERECHO ADMINISTRATIVO NO ES UN CONJUNTO DE NORMAS, NI ES DERECHO PÚBLICO INTERNO

Lejos de las nociones clásicas de Derecho Administrativo, que lo definían como un *conjunto de principios y normas de Derecho público interno que regula la organización y comportamiento de la administración pública, directa o indirectamente, las relaciones de la administración pública con los administrados, las relaciones de los distintos órganos entre sí, a fin de satisfacer y lograr las finalidades del interés público hacia la que debe tender la Administración*²³, no podemos soslayar dos cuestiones que han mutado el paradigma del abordaje miope del derecho sólo desde el punto de vista normativo. De otro modo todo el sistema jurídico administrativo, se haría trizas con la modificación de leyes o reglamentos por parte de la autoridad estatal. Resulta hoy imperioso analizar la correlación entre el sistema jurídico administrativo y a realidad, así como la realización de valores esenciales de la vida en comunidad, como lo son la paz social, la inclusión, la justicia y por qué no la felicidad, entre otros.

Asimismo, no puede considerarse que hoy el Derecho Administrativo como un conjunto de normas de derecho público interno. Esa noción ha entrado en crisis atento al impacto producido desde 1994 con la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Ya lo decía Gordillo cuando en su *Introducción al Derecho Administrativo* publicado en 1962²⁴ y como lo reitera ahora en el Tomo I de su Tratado²⁵.

Como corolario de lo expuesto y como una especie no del todo autónoma del Derecho Administrativo, el Derecho Urbanístico no

²³ BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, T. I, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, pp. 9 y ss. En el mismo sentido, MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, pp. 149 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1956, pp. 77 y ss., entre otros autores mayoritarios.

²⁴ Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.

²⁵ GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 11ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013, pp. 13 y ss.

puede escapar al criterio antecedente, porque en definitiva tiene como objeto de estudio y de regulación a 'la ciudad', a 'lo urbano', requiere un tratamiento particular y propio desde el ámbito del Derecho Público. Esta circunstancia es la que determina su vinculación con el Derecho Administrativo. Por el momento, este parece ser el enfoque correcto, si tenemos en consideración que la actividad administrativa de carácter urbanístico que despliega el Estado no es más que un aspecto de la actividad o función administrativa de éste, que se expresa a través de las mismas formas jurídicas que emplea el Derecho Administrativo (acto administrativo, reglamento, contrato administrativo, acto de administración, hecho administrativo) y que está sujeta a los mismos principios, reglas, procedimientos y controles, sumado a que el Derecho Urbanístico como actividad jurídica es una manifestación del poder de policía del Estado, que se concreta a través del despliegue de la policía administrativa, actividad inconfundiblemente administrativa. Estas situaciones, en revisión, por cuanto no resulta aventurado otorgarle la posibilidad de que se erija en un derecho autónomo, han determinado que no se aborde el Derecho Urbanístico de manera independiente, sino como una sección o capítulo especial del Derecho Administrativo²⁶.

VI. HÁBITAT Y GLOBALIZACIÓN

El problema del acceso al suelo y con ello a la vivienda adecuada quizás no sea tan grave en los países con mayor desarrollo. Sin embargo hemos visto que cuando estalla una burbuja en algún punto del planeta todos los países se sacuden. La España actual, pareciera ser una prueba de esto. Si bien la constitución de 1978 habla de la necesidad de que el Estado regule a los fines de obstaculizar la especulación en materia de suelo, lo cierto es que las leyes de suelo que se han dictado, parecieran flexibilizar la

²⁶ TALLER, A. y ANTIK, A., *Curso de Derecho Urbanístico*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, pp. 45 y ss.

necesidad de la regulación²⁷. Si bien hoy el incremento del precio del suelo constituye una gran preocupación de los poderes públicos, poco se ha conseguido en ese sentido y el legislador no ha logrado hasta ahora incidir en el precio del mercado para abaratar los costos del mismo y con ello el coste de la vivienda.

Sin perjuicio de ello, el Reino Unido, por ejemplo, tiene una clara política en esa materia en el sentido que ha intervenido para que el coste de un alquiler esté por encima del de un crédito hipotecario a fin de fomentar el acceso definitivo a la vivienda de los sectores más carenciados.

La especulación inmobiliaria generada por agentes externos solo puede ser regulada a ese nivel por los Estados Federales, estableciendo reglas mínimas de desarrollo e inversión en políticas de inclusión social.

Hoy, en el panel de la mañana, la Dra. Alianak habló de la indolencia del Estado frente al factor tiempo. Quiero terminar diciendo que también la indolencia y esto es mucho más grave, se denota en la falta de respeto al valor inclusión e integración social.

Hemos lamentablemente naturalizado la idea de desigualdad social y de pobreza extrema, reforzándose la noción de beneficiario en detrimento de la de ciudadano. Tenemos el deber de pensar estrategias consensuadas para salir de la comodidad que nos tiene paralizados.

Entiendo entonces, que a pesar del brevísimo análisis, la hipótesis expuesta al comienzo, hasta el momento, lamentablemente no puede ser refutada.

BIBLIOGRAFÍA

BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, T. I, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964.

²⁷ MEDINA JURADO, P., "El patrimonio público como instrumento de intervención del mercado del suelo", *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 2, 2009, Enero-Marzo, pp. 3 y ss.

CARREGAL, M. A., “Fideicomiso: Le malade imaginaire”, *Revista Jurídica La Ley*, Tomo 2009-F.

CASTAÑEDA NIEBLA, A. J., *Los fideicomisos públicos*, UNAM, México.

DILLON, B., COSSIO, B., GARCÍA, L. y POMBO, D., *El ordenamiento territorial, la normativa urbanística y el mercado de suelo urbano: divergencias y ambivalencias*, Reencuentro de saberes territoriales latinoamericanos, XIV Encuentro de Geógrafos de América Latina, Perú, 2013, www.egal2013.com.pe,

GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 11ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013.

LÓPEZ PADILLA, I., *El impuesto a la propiedad. Financiamiento de las ciudades con suelo urbano*, www.conorevi.org.mx/pdf/taller/07_Impuesto_Propiedad.pdf

MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965.

MEDINA JURADO, P., “El patrimonio público como instrumento de intervención del mercado del suelo”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 2, 2009, Enero-Marzo

POLLOCK, F. y MAITLAND, F. W., *History of English Law*, Vol. 1, Cambridge University Press, 1968.

SAAVEDRA, T., *Experiencias emblemáticas en la superación de la precariedad y la pobreza urbanas en América Latina y el Caribe: acceso al suelo urbano para los pobres*, Documento de Proyecto, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2006.

SMOLKA, M. O., “Informalidad, pobreza urbana y precios de la tierra”, *Land Lines Newsetter*, Volumen 15, Número 1, 2003, enero.

TALLER, A. y ANTIK, A., *Curso de Derecho Urbanístico*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2011,.

TORRES MIER y TERÁN, H., “El impuesto predial urbano. Análisis teórico y aproximación inicial al caso de la ciudad de Caracas” *Revista de Ciencias Sociales (RCS)*, Vol. XVIII, núm. 3, 2012, julio-septiembre.

VILLAGORDOA LOZANO, J. M., *Breve estudio sobre el fideicomiso*, Imprenta Popular, México, 1964.

VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1956.

DERECHOS Y SERVICIOS PUBLICOS EN LOS NUEVOS MODELOS DE ORGANIZACION DE LAS CIUDADES

Filippo Colapinto

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Casamassima Lum “Jean Monet”

La ciudad ha sido históricamente el ámbito de la ciudadanía, es decir, el territorio de hombres y mujeres libres e iguales. Nos parece útil enfatizar dos aspectos de la relación entre ciudad y ciudadanía. Por una parte, la igualdad político-jurídica vinculada al estatuto del ciudadano; como dijo Kelsen, “todas las personas que conviven en el mismo territorio y están sometidas a las mismas leyes deben tener los mismos derechos y deberes”. Por la otra, la ciudad ha sido el marco de vida que hacía posible el ejercicio de las libertades vinculadas a los derechos ciudadanos: elección del trabajo y de la vivienda, acceso a la educación y a los servicios básicos, etc.

Las ciudades se han convertido en polos de generación de riqueza económica, social, cultural, de conservación de la naturaleza y, de creación de espacios de relación.

Hoy en día, las ciudades están obligadas a competir para atraer el talento es decir, personas con conocimiento e ideas, y para ello requieren una transformación mediante la creación de un entorno totalmente alineado con la sostenibilidad, el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y la aplicación de la innovación. De esta forma, se logrará construir un entorno donde todo gire alrededor del ciudadano.

Las políticas de descentralización han significado la cesión de competencias a provincias y municipios en el área de la política social.

Si bien el proceso de descentralización aparece como una tendencia universal que encuentra fundamentos en la revolución científica y tecnológica, en la reforma del Estado, en las demandas

de la sociedad civil, y en las orientaciones privatizadoras, donde los gobiernos se convencen que desde estructuras altamente burocratizadas y centralistas, lentas y costosas, nada se puede hacer en un mundo que demanda soluciones rápidas y localizadas.

La descentralización supone mayores competencias de hecho o de derecho, lo que significa mayor presión para las comunas. Con la descentralización el Estado central “tira” la crisis para abajo, hacia las provincias primero y de éstas hacia las comunas, en un proceso en donde los municipios tienen que dar respuestas más amplias, pero muchas veces con similares recursos o sin las capacidades técnicas y de gestión necesarias.

A la gestión de los servicios urbanos tradicionales se le unen los de salud, educación y asistencia a grupos de riesgo. Y esta necesidad de mayor respuesta implica, a la vez, la de contar con mayor capacidad de gestión. En este sentido, buena parte de esta reformulación y redefinición de responsabilidades se ha instalado como un conjunto de hechos consumados ante los que las instituciones y actores locales han debido acomodar su accionar.

Esta transferencia de las cargas de la crisis a los gobiernos locales asigna a los municipios la gestión de las consecuencias sociales de las decisiones económicas del gobierno central. El gobierno local es transformado en receptor directo de la posible protesta ciudadana.

De este modo, la descentralización del conflicto, la sobrecarga de tensiones y demandas sobre las instituciones municipales también hacen que el estallido en el último eslabón impacte sobre la escena nacional vía los medios de comunicación¹.

El impacto de la globalización, se vincula, en primer lugar, a una dimensión económica, como la intensificación de los flujos de intercambio, de las formas de pensar y de producción entre distintas sociedades; con la instalación de un nuevo patrón de

¹ COSTALLAT, K., *Las políticas públicas en los procesos posprivatizadores: el caso Cutral-Có - Plaza Huincul*, FLACSO, Buenos Aires, mayo de 1997, p. 34.

desarrollo posfordista, basado en estrategias intensivas en innovaciones y flexibilidad, la autonomización de los sistemas financieros.

En este marco, los Estados nacionales pierden capacidad de regulación y de soberanía. Tampoco cumplen ya la función de árbitros entre capital y trabajo, sino que comienzan a competir entre sí por hacerse atractivos a las firmas, por flexibilizar y reducir impuestos, Pero no sólo los Estados nacionales compiten, sino también los provinciales y municipales.

La globalización genera cambios en los patrones de localización de las empresas, privilegiando consideraciones territoriales, descentralizadas y relaciones más competitivas entre las ciudades y generando nuevos espacios industriales. La revolución tecnológica posibilita mayor capacidad de comunicación, lo que favorece esquemas multicéntricos y reticulares de intercambio de carácter horizontal, territorial, más que basados en lo vertical y centralista. La globalización genera una nueva estructura de oportunidades vinculada a la respuesta a la misma, la regionalización, con el aumento de los intercambios y de las desregulaciones internas a ésta².

Pero también la globalización promueve una mayor desigualdad en la distribución del ingreso y de la riqueza, así como el predominio de los mercados globales sin ningún tipo de regulación, lo que genera un incremento de la concentración económica, de la incertidumbre de los mercados, provocando preferencias por el corto plazo, favoreciendo las orientaciones especulativas y el predominio de la economía “virtual” sobre la “real”. Provoca la inquietud de la competitividad, por la pérdida de puestos del trabajo, por el desplazamiento por empleos que se crean en otros lugares, despertando la preocupación por la capacitación y la educación como insumos claves de esta nueva forma de producir.

² OMAN, C., *Globalisation and Regionalisation: the challenge for developing countries*, Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and development, París, 1994.

En segundo lugar, en lo cultural, el impacto de la globalización no es menor. Esta genera pérdida de identidad nacional, uniforma los estilos de vida, estandariza los consumos y generaliza usos, modas y prácticas que hacen que casi todos se vistan de una misma manera y tengan similares preferencias y aspiraciones, en una suerte de norteamericanización de la cultura. Pero la contrapartida a esta tendencia homogenizadora es la búsqueda de identidad, que privilegia lo local (lo vecinal), lo autóctono y que tiende a la heterogeneidad³.

La búsqueda de la propia identidad y de sentido deviene vital, porque es lo único que puede proporcionar orientación, certeza y seguridad. Conocerse a sí mismo es un elemento central de la experiencia humana, lo que favorece la individuación, subjetividad y también la revalorización de lo espacial, de ser de un lugar, la localización, que se manifiesta en cierta valoración de lo tradicional, que tienden a resaltar las especificidades del lugar⁴.

Se desdibujan las fronteras nacionales, bajo la influencia de los intercambios económicos y comunicacionales, pero la referencia al “nosotros” tiende a ser problemática. La nación como área de solidaridad se erosiona y este sentido de pertenencia tiende a configurarse sobre lo más cercano, y a la vez, sobre lo supranacional⁵.

³ GONZALES CRUZ, F., *Nuevas formas de desarrollo institucional, de organización social y de representación política: realidades, experiencias y desafíos*, CLAD, Río de Janeiro, 1996.

⁴ PETRELLA, R., *Los límites de la competitividad. Cómo se debe gestionar la aldea global*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, Sudamericana, 1996, p. 95. ; TROCELLA, M. G., “El Municipio, El espacio más cercano de lo público”, *III Congreso Nacional de Ciencia Política, Mar del Plata, 5-8 de noviembre de 1997*.

⁵ GENRO, T., ABRA, *El Estado en la Aldea Global*, julio de 1997: “Es imposible hablar de globalización sin hablar de personalidad o identidad nacional, los valores cuya fuerza ideológica viene siendo afirmada y negada al mismo tiempo. Con la crisis visible del Estado-Nación en sus moldes clásicos, la región y la localidad adquieren otra importancia para una estrategia de futuro, incluso en lo que respecta a la cuestión

En síntesis, descentralización y globalización están generando, más tareas a resolver por los gobiernos locales, nuevos desafíos para encarar en lo político, económico y lo social, y están obligando a los municipios a efectuar un replanteo de su organización, misiones y funciones, así como de su autonomía.

Antes de abordar las claves de la identidad de los servicios sociales municipales, merece la pena cuestionar si somos conscientes de la aportación de los servicios sociales municipales al ejercicio del derecho de todos los seres humanos a la igualdad de oportunidades y a la dignidad sin discriminación.

Si no es así, sobran argumentos para minimizar su capacidad de intervención: es vital, y es un deber consubstancial e irrenunciable para todos los servicios públicos, garantizar el acceso a todos los ciudadanos sin discriminación alguna a los derechos y servicios necesarios para su participación en la sociedad.

Son las entidades locales, en contacto directo con la ciudadanía, las que operativizan más claramente este mandato en “los pequeños lugares”, en la vida cotidiana, la convivencia y las oportunidades para mantener y mejorar la calidad de vida, a través de su política municipal en diferentes áreas del bienestar social y particularmente a través de los servicios sociales.

El ámbito normativo identifica a los servicios sociales municipales integrando también esta tarea de “contención”, pero no desde la subordinación, sino desde un mandato con consecuencias trascendentales para la estructura, la organización y los procesos de prestación de servicios.

Los servicios sociales municipales:

democrática. Identidad y nación pasan a tener otros contornos. Montpellier, en Francia, tiene más intereses en común con Cataluña y con Italia del Norte que con la propia Francia. Santana do Livramento, en mi propia provincia, frecuentemente es influenciada mucho más por lo que ocurre en Rivera, durante los eventuales sobresaltos de la economía uruguaya, que con la crisis de mi país”.

- se dirigen a personas y al ámbito familiar y social, su enfoque es comunitario y preventivo y sus funciones polivalentes; dan respuesta en el ámbito de la convivencia y la relación, con intervenciones de carácter preventivo, de atención integral a personas y familias y de incorporación social y laboral;
- detectan y atienden necesidades sociales, mediante la provisión de prestaciones y servicios sociales municipales y gestionando el acceso a otras instancias de los servicios sociales;
- con la finalidad de normalización y reincorporación social o como espacio de tránsito a un servicio especializado, desarrollan programas, y promueven y gestionan, en su ámbito territorial, centros orientados a colectivos con problemáticas identificadas y singulares;
- los servicios son prestados por equipos multiprofesionales, en los que se integran las unidades de trabajo social que prestan atención directa en todo el territorio, son profesionales de referencia y se ubican en centros de servicios sociales;
- proximidad, accesibilidad, transversalidad, coordinación, calidad y calidez, son valores inherentes a los servicios sociales municipales.

El derecho de los menores a la protección, los derechos sociales de las personas con discapacidad y el derecho a los servicios y prestaciones sociales para personas con dependencia, han exigido toda una serie de modificaciones trascendentales en el ámbito normativo y de planificación y en el ámbito organizativo y de financiación (aunque existan grandes retos sin abordar).

Una consecuencia se hizo evidente muy pronto: la necesidad de impulsar cambios en la legislación autonómica⁶.

⁶ Madrid, Murcia, Asturias y La Rioja, ya habían iniciado a partir del año 2003 la segunda generación de leyes de servicios sociales. Navarra, Cantabria, Cataluña, Galicia y el País Vasco promulgaron sus nuevas leyes ya a partir del 2006. En el Año 2009 se sumaron las leyes de Aragón, y Baleares. La Rioja aprobará su nueva Ley en fechas próximas y el proyecto de Castilla y León está en la etapa final para su tramitación,

Esta segunda generación de leyes de servicios sociales pone énfasis nuevamente en la prioridad de reforzar y ampliar la capacidad de intervención de las estructuras básicas de servicios sociales. Se reproduce el planteamiento de “puerta de entrada” al sistema, pero ahora con el enfoque de “itinerarios o procesos” “áreas necesidad” y garantías jurídicas y técnicas para los ciudadanos.

Se ha abierto una nueva etapa, en la que no son ajenas las referencias a la universalización del derecho a servicios y prestaciones sociales, ni la inclusión del término “derecho subjetivo”, transcendente para la defensa de los intereses de los ciudadanos.

Las nuevas leyes son más precisas que las de la etapa anterior en:

- a) identificar derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios sociales (en algún caso, también se identifican los derechos y deberes de los profesionales);
- b) incluir el derecho subjetivo a los servicios y prestaciones sociales identificadas, ampliando el derecho reconocido a las personas con dependencia a otras situaciones. Es el derecho a acceder a lo que alguna comunidad ha denominado “prestaciones esenciales de los servicios sociales” (por cierto, en su mayoría prestaciones cuya gestión compete a los servicios sociales de atención primaria);
- c) prever la cartera de servicios e identificar, generalmente en tres bloques, las prestaciones de servicios sociales: técnicas (o de servicio) económicas (y materiales) y tecnológicas. La caracterización de los servicios, generalmente se asocia a sectores de población (por ejemplo, discapacidad) y a situaciones de necesidad (por ejemplo, indigencia severa);
- d) poner la accesibilidad y la cercanía al ciudadano en el centro de los criterios de calidad y de las orientaciones para la planificación y la organización. En casi todas las leyes aparece el derecho a contar

Castilla-La Mancha trabaja con el horizonte de 2010. Canarias y otras Comunidades Autónomas han empezado ya la elaboración.

con un profesional de referencia, varias de ellas sitúan a este profesional en los servicios sociales de atención primaria y algunas precisan la figura profesional: trabajadora o trabajador social del servicio social de base.

Cabe decir que no existe más modelo de cooperación compartido que el de la diversidad: incluyen desde la simple subvención temporal y proyectos desconectados de la red pública de servicios sociales, así como la casi dejación de la responsabilidad de garantizar la equidad en el acceso de los ciudadanos a servicios financiados con fondos públicos, junto a sistemas de convenios, concertación y contratación de servicios que, en algunas ocasiones, se sitúan en la frontera de la legalidad⁷.

No ocurre lo mismo con las empresas: “cheques servicio” para la libre elección del proveedor, o concertación de plazas o contratación para la gestión de un centro o servicio de titularidad pública, son las alternativas más utilizadas y tienen una diferencia esencial. En el primer caso, como en una parte importante de los servicios de las ONGs, la empresa decide a quien presta el servicio y a quien no. En el segundo y el sistema público garantiza el acceso a los servicios de cualquier ciudadano sin discriminación alguna.

Las nuevas leyes abordan la ordenación de formas diferentes, que discurren entre las formulaciones genéricas y las claras apuestas por el sistema público, acuñando también el concepto de “sistema de responsabilidad pública” en el que se incorporan diferentes formas de cooperación público-privada:

⁷ Para los ONGs la financiación constituye todo un ejercicio de ingeniería presupuestaria: al uso de diferentes fuentes de financiación pública (0,52% del IRPF, convocatorias de subvenciones de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales), se han unido en los últimos años la financiación procedente fundaciones de un variado espectro, junto a la procedente de las iniciativas empresariales de responsabilidad social corporativa (RSC).

- concertación: reserva y ocupación de plazas para su uso exclusivo por personas cuyo acceso al servicio venga asignado por las administraciones públicas;
- contratación (gestión indirecta): para la gestión integral de prestaciones, servicios o centros / para servicios auxiliares o complementarios en centros de titularidad pública;
- acuerdos marco y convenios de colaboración: generalmente utilizado para la cooperación inter-administraciones, que se extiende a provisión de prestaciones y servicios por la iniciativa social, cuando existan razones singulares que justifiquen la no aplicación del régimen de concierto o contrato.

Pero no se descartan otras formas de apoyo público a la iniciativa social (subvenciones), inicialmente restringidas a otros programas de interés social que no puedan ser incluidos en otras formas de cooperación con mayor estabilidad.

El modo de organización de los servicios locales en áreas metropolitanas europeas son cambiado en los últimos años. En este sentido, se debe considerar al menos tres órdenes de problemas, de distinta procedencia, que afectaron a los servicios en el ámbito local: las presiones para liberalizar los mercados, causada principalmente por la legislación de Intervención y la jurisprudencia de origen comunitario; la privatización de empresas de servicios públicos propietaria del sistema, en función de las distintas políticas nacionales, las políticas de externalización, decidió principalmente a nivel de las autoridades locales individuales.

Estos elementos han dado lugar a innovaciones, tanto en términos de regulación servicios en los que los modelos de entrega, con una reafirmación de sistemas de gobierno que habían caracterizado el período de la gestión pública.

Durante sus aproximadamente veinte años de existencia, el concepto de Smart City ha evolucionado en función del número de áreas y ámbitos del entorno urbano que se han visto incluidos en él. En su origen, el componente fundamental de las Smart Cities fue el energético; es decir, la aplicación de la tecnología a la

sostenibilidad energética de la ciudad. Sin embargo, el concepto ha ido ampliándose hasta incluir en algunos casos el empleo de las TIC en el Gobierno de la ciudad o en la prestación de servicios públicos como la sanidad.

La Comisión Europea⁸, en su comunicación *Smart Cities and Communities - European Innovation Partnership*, fechada en julio de 2012, selecciona como áreas prioritarias de actuación las tres siguientes: energía, transporte y TIC. El objetivo de la aplicación de tecnología a esas tres áreas es la mejora de la eficiencia, así como la reducción del consumo energético y de la emisión de gases de efecto invernadero.

*Ranking of European medium-sized cities*⁹ define Smart City como aquella ciudad en la que las Tecnologías de la Información y la Comunicación juegan un papel principal en uno o varios sectores. Así, por ejemplo, una ciudad sería una Smart City desde la perspectiva de su estructura económica si las actividades económicas que en ella se desarrollan cuentan con una importante presencia de las TIC; sea porque la industria del propio sector TIC es predominante, sea porque otros sectores hacen un uso intensivo de las TIC en su actividad.

Desde el punto de vista demográfico, la Smart City es la que cuenta con una población formada y capacitada, especialmente en el campo de las TIC. Una ciudad será una Smart City en el campo de la gobernanza si las TIC son ampliamente usadas en el gobierno de la ciudad y además sirven como canal de comunicación y de desarrollo de políticas de transparencia entre la Administración y los ciudadanos.

Desde la perspectiva del transporte y la movilidad, la Smart City aplica las TIC a mejorar la movilidad, el tráfico y la logística en el seno de la ciudad.

8

http://ec.europa.eu/energy/technology/initiatives/smart_cities_en.htm.

⁹ http://www.smart-cities.eu/download/smart_cities_final_report.pdf.

Los esfuerzos en materia de mejora de la competitividad de la Unión Europea se articulan a través de diferentes iniciativas de apoyo a la investigación, el desarrollo y la innovación. Estas iniciativas se estructuran en programas plurianuales, que por periodos de siete años establecen las políticas de la Unión, las prioridades y los mecanismos de financiación. Para el siguiente periodo plurianual 2014-2020, el gran instrumento de la unión será el Programa Horizon 2020¹⁰, el cual integrará las actividades de investigación e innovación contenidas en el Programa Marco para la Investigación y el Desarrollo Tecnológico, el Programa Marco de Competitividad e Innovación y el Instituto Europeo de Innovación y Tecnología.

Dentro del actual periodo de programación 2007-2013, la Iniciativa Europea en Smart Cities, incardinada en el Strategic Energy Technology Plan¹¹ de la Comisión Europea, tiene como objetivos desarrollar proyectos urbanos de eficiencia en las áreas de redes de energía, transporte y edificios.

En julio de 2012, la Comisión Europea ha integrado las políticas destinadas a impulsar las Smart Cities, incluidas las derivadas del Strategic Energy Technology Plan mencionado más arriba, en el marco de la Smart Cities and Communities - European Innovation Partnership¹². La iniciativa ha dotado para el ejercicio 2013 un presupuesto de 365 millones de euros, que será destinado a financiar proyectos demostradores que combinen los sectores de la energía, el transporte y las TIC.

El comité asesor de la Comisión Europea para el establecimiento de prioridades estratégicas del nuevo Programa Marco para la Investigación y la Innovación para el periodo 2014-2020 ha elaborado el informe ICT Infrastructure for energy-efficient

¹⁰

http://ec.europa.eu/research/horizon2020/index_en.cfm?pg=home&video=none.

¹¹ <http://setis.ec.europa.eu/about-setis/overview>.

¹² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-760_en.htm?locale=en.

buildings and neighbourhoods for carbon-neutral cities¹³, en el que se hacen unas recomendaciones a la Comisión sobre cuál debería ser la orientación para las iniciativas de Smart Cities and Communities en dicho periodo 2014-2020. Las áreas estratégicas en las que se considera que el nuevo Programa Marco debería enfocar sus esfuerzos son energía, e-servicios y TIC.

El propósito final de una Smart City es alcanzar una gestión eficiente en todas las áreas de la ciudad (urbanismo, infraestructuras, transporte, servicios, educación, sanidad, seguridad pública, energía, etc), satisfaciendo a la vez las necesidades de la urbe y de sus ciudadanos. Todo ello debe lograrse en consonancia con los principios de Desarrollo Sostenible expuestos en el Programa 21, promovido por Naciones Unidas, y tomando la innovación tecnológica y la cooperación entre agentes económicos y sociales como los principales motores del cambio.

Estos principios deberán aplicarse especialmente a aspectos como:

- la infraestructura tecnológica: redes de información como mecanismo de comunicación, plataformas inteligentes, infraestructuras ecoeficientes, etc.;
- la estrategia energética: uso de energías renovables, sistemas de almacenamiento y aprovechamiento de energía, etc.;
- la gestión y protección de los recursos: ordenación del territorio y de los recursos basada en criterios de sostenibilidad, cooperación entre administraciones, etc.;
- la provisión de servicios: desarrollo de nuevos modelos colaborativos que permitan integrar lo público y lo privado, modelos de servicios mancomunados, etc.;
- el Gobierno: accesibilidad de los datos, transparencia en la gestión, aplicación de políticas sostenibles, etc.

13

http://ec.europa.eu/information_society/activities/sustainable_growth/docs/smart-cities/smart-citiesadv- group_report.pdf.

Las políticas públicas en el ámbito municipal están obligadas a incorporar el concepto de Smart City, lo cual favorecerá la innovación, el desarrollo de nuevos servicios y nuevas ideas y permitirá el crecimiento económico del municipio. En definitiva, un concepto que ayudará a la evolución de las ciudades.

El éxito reside en la cooperación entre las autoridades y todos los agentes económicos y sociales, con una implicación crucial de los ciudadanos. De esta manera, las teorías de la sostenibilidad se podrán convertir en realidades.

Por lo tanto, tomando este contexto como punto de partida, el concepto de Smart no debe limitarse tan sólo al ámbito metropolitano, sino que también resulta de especial interés en núcleos reducidos de población y ámbitos rurales.

Se debe tener una visión que permita un desarrollo adaptativo, evolutivo y escalable, dado que los municipios son diferentes en tamaño, personalidad, capacidad de evolución y crecimiento. Por tanto, cada ciudad o pueblo debe definir su propio modelo y que éste le permita avanzar y adaptarse a los requerimientos del entorno.

En definitiva, el objetivo de radicar el concepto de Smart City reside en transformar los espacios en los que residimos, independientemente de la tipología de éstos, siguiendo los principios del desarrollo sostenible, aplicando una gestión eficiente a todas las escalas y tomando la innovación tecnológica como un importante punto de apoyo.

Uno de los grandes retos en el contexto de una Smart City es la transparencia. A pesar de ser un concepto conocido y demandado por cualquier sociedad moderna, en las Smart Cities resulta especialmente trascendente que el Gobierno y la Administración se muestren abiertos y accesibles a la ciudadanía y no como elementos que trabajan separadamente y toman sus decisiones de espaldas a los demás agentes.

Por un lado, los Gobiernos y Autoridades están obligados a realizar una gestión transparente desde todos los puntos de vista (político, económico, judicial, etc.). Por otro lado, es importante

que cualquier ciudadano tenga acceso a toda la información disponible de carácter público y a toda aquella relativa a la organización y el funcionamiento de la ciudad, siempre que no se comprometan aspectos como la privacidad o la seguridad. Además, muchos de los instrumentos y herramientas que resultan de potencial utilización en una Smart City son de libre entrada y salida, por lo que la transparencia es esencial para que el sistema funcione eficientemente.

Si se entiende el concepto de Smart City desde un enfoque integral, todos los servicios municipales, públicos y privados, deben cuestionarse con el fin de poder ofrecer mejores e innovadoras prestaciones a los ciudadanos.

En este sentido, desde un punto de vista de impacto económico, la contratación de servicios urbanos básicos, como la recogida y tratamiento de residuos, el mantenimiento de infraestructuras viarias, jardines y edificios, el gasto energético de estas infraestructuras, la gestión del agua y el saneamiento o la provisión de transporte urbano, supone más de un tercio del presupuesto municipal.

En cuanto al perfil de los sujetos de la regulación, el servicio de transporte público urbano se caracteriza por la separación de las funciones de política (en su mayoría de la Autoridad local) y el establecimiento de funciones en el sentido estricto (encomendadas entidad especial separada de la Autoridad local), por los servicios ambientales que dicha separación no es la regla, ya que no hay solapamiento, total o parcial, entre las dos funciones. Para los servicios culturales no ha encontrado una separación similar, debido a que la propiedad de los bienes es pública (estatal o de la Autoridad local).

En segundo lugar, de esas partes la prestación del servicio, a pesar de la numerosos empujé la privatización de los servicios públicos en Europa, la propiedad pública sigue siendo la regla en la gestión de los servicios culturales, sin embargo, se encontró una tendencia a recurrir a formas de subcontratación para el suministro de la llamada servicios adicionales. Más varió la situación con referencia a los dos servicios de red en la que, especialmente con respecto a

la modalidad de las actividades de transporte y autobuses para la recuperación y el reciclaje residuos municipales, ha habido un aumento significativo en los proveedores privados, el resultado de las políticas de liberalización adoptadas por muchas autoridades locales.

Parece lógico, en un entorno de restricciones presupuestarias, revisar los modelos que las administraciones locales tienen para la contratación de estos servicios municipales, de tal manera que se prime la eficiencia, la calidad y la innovación¹⁴.

Esta integración de los servicios a realizar por un mismo proveedor pretende, no sólo la generación de economías de escala, sino también la visión integral que permite la generación de sinergias operativas entre los servicios¹⁵.

En cuanto a las relaciones entre la Autoridad local y los proveedores de servicios, para la adjudicación de los servicios de transporte se utiliza la licitación pública, por el contrario, hacen un menor uso del instrumento en el caso de los servicios de gestión de residuos. Para los servicios culturales, por último, el Gobierno comunicará directamente a la prestación de los servicios.

El servicio de transporte urbano es uno en el que hubo la dinámica competitiva más vibrantes, con inusual en las ciudades

¹⁴ Uno de estos nuevos modelos de gestión, es el que se está probando en Birmingham (Reino Unido), desde una perspectiva de colaboración Público Privada. Este modelo se caracteriza por la prestación conjunta de servicios sobre la misma área geográfica (en lugar de la superposición de contratos), con pago por resultados (frente al actual modelo, que prima los medios puestos a disposición de la ciudad) y una mayor extensión de los plazos de contratación, lo que permite la realización de fuertes inversiones.

¹⁵ Además, la integración de servicios permite, mediante el uso de distintas fórmulas de contratación incluidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público (TRL CSP), como los contratos mixtos, la realización de contrataciones a largo plazo. Esto proporciona un marco estable para la realización de inversiones dentro de un escenario de colaboración público privada.

inglesas, especialmente en la modalidad de autobuses y, en menor medida, en ese metro. Una tendencia inversa en cambio se encuentra en los servicios ambientales, donde la prevalencia de las economías de escala y el uso de contratos directos han hecho que la industria de la casi impenetrable para los nuevos entrantes, con excepción de las actividades de eliminación y reciclaje, donde en algunos casos no existe el mercado.

Los arancelarias y fiscales incentivos herramientas son las más utilizadas como modo de financiación de los servicios de gestión de residuos, mientras que, para los servicios de los transportes y culturales, los ingresos arancelarios o la venta de entradas sólo cubren una parte limitada de los costes de explotación, lo que resulta en la necesidad de recurrir a subvenciones públicas y, en menor medida, a otras formas de ingreso suplementario (donaciones y patrocinios para el servicios culturales; ingresos relacionados con la movilidad urbana, como multas y estacionamiento tarifado).

Para el exitoso funcionamiento de una Smart City resulta clave el respaldo de un sistema fiscal que funcione de forma justa y eficiente y que además cree los instrumentos necesarios para estimular conductas deseadas desde el punto de vista de la sostenibilidad.

Dentro de estos instrumentos, destacan los incentivos fiscales cuya finalidad es fomentar que las prácticas de los agentes económicos sean acordes con los valores de eficiencia y sostenibilidad de las Smart Cities en ámbitos como: a) energía y eficiencia energética; b) reducción de emisiones; c) investigación y desarrollo; d) promoción de las TICs.

Junto con los instrumentos incentivadores de determinadas conductas, la política fiscal también puede ser utilizada para penalizar determinados comportamientos no sostenibles, haciendo que quienes incurran en ellos “paguen más”.

En el ámbito medioambiental, las medidas fiscales recaudatorias se rigen por un principio fundamental: quien contamina paga. Esta máxima tiene como finalidad que los costes de la protección

del medio ambiente recaigan directamente sobre aquellos que los originan. De esta manera, se consigue que las malas prácticas medioambientales afecten a la rentabilidad económica de los agentes, tratando que éstos modifiquen su comportamiento. Este aspecto supone una gran ventaja frente a las prohibiciones administrativas.

BIBLIOGRAFÍA

COSTALLAT, K., *Las políticas públicas en los procesos posprivatizadores: el caso Cutral-Có - Plaza Huincul*, FLACSO, Buenos Aires, mayo de 1997.

GENRO, T., ABRA, *El Estado en la Aldea Global*, julio de 1997.

GONZALES CRUZ, F., *Nuevas formas de desarrollo institucional, de organización social y de representación política: realidades, experiencias y desafíos*, CLAD, Río de Janeiro, 1996.

OMAN, C., *Globalisation and Regionalisation: the challenge for developing countries*, Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and development, París, 1994.

PETRELLA, R., *Los límites de la competitividad. Cómo se debe gestionar la aldea global*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, Sudamericana, 1996.

TROCELLA, M. G., “El Municipio, El espacio más cercano de lo público”, *III Congreso Nacional de Ciencia Política, Mar del Plata, 5-8 de noviembre de 1997*

LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO ARQUITECTÓNICO LOCAL: PROBLEMÁTICA Y DESAFÍOS

Adriana Taller

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Rosario

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo presenta algunos aspectos de los temas a desarrollar en el marco de la elaboración de la tesis doctoral, que se propone abordar la gestión del patrimonio arquitectónico por parte de los gobiernos locales, la problemática derivada de la catalogación y los desafíos de las autoridades públicas para cumplir con su responsabilidad de preservar el patrimonio urbano cultural – tangible inmueble – esto es los edificios o patrimonio construido, sin lesionar los derechos de los particulares propietarios de los inmuebles objeto de protección y preservación, sobre la base de la positivización constitucional del derecho al patrimonio cultural, que exige una efectiva tutela jurídica.

A modo de introducción he de reseñar los distintos instrumentos internacionales, nacionales y de orden local que han receptado la defensa del patrimonio histórico, cultural, arquitectónico y urbanístico de las ciudades; protección que ha excedido el ámbito de cada país para convertirse en una problemática universal y mencionaré los instrumentos de gestión urbana que permiten a los gobiernos locales gestionar la protección y preservación de dicho patrimonio, con la pretensión de acentuar determinada identidad y memoria urbana.

No abordando el deber de conservación que pesa no solo sobre el Estado (autoridades nacionales, provinciales y locales) sino también sobre los particulares, propietarios o no de los bienes inmueble objeto de tutela por entender que conforma un capítulo especial en la preservación del patrimonio y excede el objetivo de este trabajo.

A los fines de esta exposición he de centrar entonces mis acotaciones y el desenvolvimiento del tema en el tríptico: Patrimonio / Protección-Preservación-Conservación / Gestión local para la protección del patrimonio urbano cultural.

II. PATRIMONIO

El interrogante ya planteado por muchos en torno a la preservación del patrimonio arquitectónico es: ¿qué consideramos por patrimonio a proteger o dicho en otros términos, qué bienes conforman el patrimonio arquitectónico, de un país, provincia o ciudad?: los grandes monumentos, creación arquitectónica aislada¹, los bienes históricos y artísticos, los sitios urbanos o rurales²; inmuebles que integran el dominio privado y público del estado, inmuebles de los particulares, los objetos muebles o documentos históricos, las obras modestas que han adquirido con el tiempo un significado cultural, sólo los bienes materiales o también los bienes inmateriales o intangibles, qué categoría de construcciones, de qué épocas; las obras de artes de todas las épocas, qué conjuntos de edificios, qué centros históricos, qué jardines y parques, qué hallazgos terrestres y subacuáticos?³.

Podríamos sintetizar diciendo que conforman el patrimonio cultural a proteger “todos los bienes que constituyan un testimonio material dotado de valor de civilización”⁴.

El concepto de patrimonio a proteger con el correr de los años se ha ido ampliando, desde las primeras cartas y recomendaciones internacionales hasta las categorías de bienes culturales adoptadas por la Conferencia General de la UNESCO en 1972, que entiende por patrimonio de un pueblo, el conjunto de monumentos, obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones,

¹ Carta de Venecia – 1964 (art.1°).

² Carta de Venecia – 1964 (art.1°).

³ Carta Italiana de 1972

⁴ Dichiarazione di principio – Comisión Franceschini – Italia – entre 1964/1967

cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, los grupos de construcciones aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico. En esta concepción del patrimonio se reconoce un concepto de patrimonio tangible: realizaciones materiales, tanto muebles como inmuebles.

Lo cierto es que, ¿qué conforma el patrimonio histórico o cultural a proteger?, depende en gran medida de las valoraciones que expertos y la propia comunidad efectúen sobre dicho bien, en base a criterios o estándares culturales que le son propios.

Y, a los fines de mi relato he de recortar el concepto de patrimonio a proteger, al conjunto de bienes expresivos o representativos de nuestra identidad cultural, que son obra de la producción humana y que poseen homogeneidad propia y determinados valores, que son evaluados por técnicos (arquitectos, urbanistas, historiadores del arte, arqueólogos...) cuya tarea es necesaria a los fines justificar – motivar - la intervención administrativa de las autoridades pública en la esfera de los particulares, cuando los bienes a proteger pertenecen al dominio privado de aquellos.

Al término patrimonio, a los fines de la protección en comentario podemos darle entonces un sentido material y cultural, el de la recuperación o preservación de aquellos elementos, obras, construcciones o creaciones del hombre realizadas a lo largo de su historia; los que, como consecuencia de la dinámica urbana y de los análisis y propuestas sobre el patrimonio a proteger permiten extenderse más allá del mismo objeto patrimonial de protección (por sus características originales y destacas en la historia de la arquitectura), para proteger el entorno inmediato donde se inserta el bien sometido al régimen de protección.

Así, se fue instalando la idea de proteger no solo a la pieza patrimonial en sí depositaria de características especiales sino también incluir en las propuestas de preservación a sus entornos inmediatos; entornos que van conformando áreas o espacios de interés, con lo cual, la cosa objeto de protección se destaca en un espacio físico, ensanchando así la base interpretativa de lo qué entendemos por patrimonio a proteger: zonas edificadas que identifican a la ciudad o la dotan de cierta personalidad.

Bajo esta concepción, en su análisis sobre el espacio público y la cultura urbana de Buenos Aires (Argentina), Adrián Gorelik define a la ciudad como “el sitio que registra por antonomasia el conflicto entre lo existente y lo nuevo, entre la preservación y la transformación: es el sitio donde la historia está ocurriendo, donde más evidente se vuelve el paso del tiempo y donde es el presente el que determina las lecturas del pasado” (1998).

Desde esta idea o pensamiento se protege al patrimonio cultural integral, como derivación de un proceso socio-histórico-cultural y como representación de la memoria colectiva del pueblo.

En la actualidad, en mi país, Argentina y especialmente en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, el patrimonio cultural urbano es un tema de tratamiento de las últimas décadas y como tal ha sido objeto de regulación, dictándose normas jurídicas y técnicas que conforman el régimen jurídico de gestión para la protección y conservación del patrimonio urbano bajo el nombre genérico de patrimonio cultural.

Nuestra legislación local, ha centrado su accionar en el patrimonio inmueble, y a tales fines, considera patrimonio cultural a proteger, a los edificios, a las obras singulares, a los monumentos y a los sitios declarados de interés patrimonial; a las plazas, parques y paseos ribereños⁵.

La protección de los bienes con valor histórico, cultural, artístico y/o arquitectónico, ha sido un deber reclamado a las Administraciones nacionales y locales desde que surge en la

⁵ Ordenanza N° 8245 de fecha 6 de marzo de 2008.

comunidad una conciencia histórica y una posición lúcida y de compromiso hacia el pasado.

Más, sin definiciones normativas y sin la existencia de una gestión urbana adecuada, difícilmente los gobiernos locales, puedan satisfacer la reivindicación popular de la conservación del patrimonio cultural urbano, de manera duradera, metódica y ordenada, sobre todo en Argentina, donde a partir de la reforma constitucional de 1994 se ha consagrado al patrimonio cultural urbano, como derecho de todos, a ser protegido por las autoridades públicas.

Esta consagración constitucional del derecho al patrimonio, que genera en el derecho de propiedad del titular del mismo, restricciones en el uso y disfrute del bien, que pueden repercutir negativamente en su ámbito jurídico-económico, provocan conflictos de intereses jurídicos entre las autoridades públicas y los titulares del dominio, quienes se ven limitados en el ejercicio constitucional de su derecho de propiedad.

Esta modificación operada en nuestro derecho también merece un análisis particular y conforma un capítulo especial en el estudio del régimen jurídico de protección del patrimonio urbano cultural.

De allí entonces, de la necesidad de contar con un adecuado régimen de protección, entendido como el conjunto de disposiciones que - fundadas en el interés público y con la finalidad de garantizar y promover la protección y preservación de bienes de valor histórico, cultural o arquitectónico,- altera o limita el contenido o el ejercicio del derecho de propiedad a través de restricciones administrativas, servidumbres administrativas o declaraciones de utilidad pública, con fines expropiatorios.

1. Preservación del patrimonio

Individualizado, los bienes muebles o inmuebles (patrimonio fijo) como edificios y viviendas de especial interés artístico, histórico, arqueológico, paleontológico, etnográfico que pueden ser objeto de protección, o bienes muebles (patrimonio móvil), según las distintas valoraciones ideológico-políticas, resulta necesario precisar, ¿qué se entiende por preservación?, ¿por qué y con qué

finalidad las autoridades públicas asumen el deber de garantizar la conservación de dichos bienes y promover su enriquecimiento?.

Surgen entonces, interrogantes como, ¿Por qué y para qué las administraciones locales llevan adelante distintos tipos de acciones tendientes a proteger, resguardar y conservar los bienes de valor arquitectónico o histórico, a través del ejercicio de potestades reguladas por el derecho público para disfrute de los ciudadanos y de las generaciones futuras?; ¿quién o quienes tienen el deber de proteger y de preservar los bienes amparados por un régimen protectorio?.

En primer término hemos de definir, pese a no haber coincidencia total entre los expertos, que se ha conceptualizado a la protección, como “la acción jurídica encaminada a salvar de la eventualidad de daño a objetos o bienes colectivos, que sin ésta estarían expuestos al riesgo de degradación y eventualmente extinción”⁶, mientras que se reserva el concepto preservación para las intervenciones directas sobre inmuebles o monumentos para que no se alteren sus formas o materias y prolongar así, su existencia original.

Ahora bien, ¿por qué las autoridades públicas y los particulares afectados tienen la obligación de proteger y preservar los bienes identificados como patrimonio cultural?.

Porque cuando un bien es reconocido como parte del patrimonio urbano cultural de una comunidad es porque ella lo considera investido de un significado cultural valioso, porque persiste en esa comunidad un fuerte componente ideológico que aceptado positivamente por la mayoría de sus integrantes interpreta que ese bien representa la identidad o pasado de la misma y por ende debe permanecer como tal a lo largo de los tiempos.

Se trata de bienes que la comunidad interpreta como representativos de su historia por tratarse de bienes del pasado, que el presente los recibe como herencia social y conservan

⁶ Esta definición fue recogida en el Encuentro Internacional de Ravello sobre Terminologías Contemporáneas, en abril de 1976.

aspectos significativos y valiosos de su cultura, por esa razón se los quiere proteger y preservar para si y para disfrute también de las futuras generaciones, encontrándose aquí la motivación y finalidad de dichas acciones.

Podríamos decir que las comunidades protegen y preservan su patrimonio urbano cultural como protección de su memoria e identidad.

Identidad que está estrechamente ligada a las consecuencias y derivaciones de la complejidad de los procesos históricos y sociales vividos por cada grupo humano en un tiempo y geografía determinada.

Ahora bien, la individualización de la razón o motivación por la cual se protege un bien, su finalidad clara y la proporcionalidad de las medidas que se adopten para tan fin, permite que los criterios adoptados para la protección y preservación no sean tachados de arbitrarios y lesivos de los derechos de los particulares titulares de los bienes que son objeto de protección por ese régimen jurídico especial.

El objetivo general de todo régimen jurídico de protección patrimonial debe ser el de proteger y recuperar el patrimonio inmueble y el de fortalecer la residencia en el sector, mejorando las condiciones de habitabilidad y manteniendo la población original en su propio hábitat; proteger y preservar respetando la identidad, como la asunción consciente o inconsciente de determinadas características, rasgos o particularidades, que hace que una comunidad o grupo social sea individualizable, peculiar y diferenciado de otras.

En última instancia, la identidad es relativa pero también relacional, pues se instaura, construye e instituye en referencia, en relación y en comparación a otras identidades singulares o colectivas, cercanas o lejanas en el tiempo o en el espacio de esa comunidad o territorio urbano.

Más, las medidas legales que se adoptan para protección y preservación del patrimonio deben estar debidamente fundamentadas y dotas de suficiente razonabilidad pues

conforman en su mayoría substanciales restricciones y límites al ejercicio del derecho de propiedad, al establecer límites al dominio de los particulares, derivados, como señalara precedentemente de restricciones administrativas, servidumbres administrativas o declaraciones de utilidad pública con la consecuente expropiación del bien objeto de protección.

Por ende los estándares, pautas o criterios de catalogación debe ser objetivos y universales a los efectos de no ser una derivación de incoherentes apreciaciones subjetivas de las autoridades locales de turno.

Otros de los interrogantes en torno a la protección es ¿quién debe proteger y preservar?, cuestión íntimamente ligada al deber de las autoridades públicas y a la obligación que el ordenamiento jurídico impone a los titulares del bien objeto de protección y preservación.

En este aspecto tanto las cartas y recomendaciones internacionales ponen en cabeza de los Estados el deber de proteger. En el mismo sentido, la Constitución Nacional de la Nación Argentina impone a las autoridades la obligación de preservar el patrimonio cultural y de fijar los presupuestos mínimos, los estándares o criterios básicos para su protección, sin alterar las jurisdicciones locales (artículo 41), por cuanto los gobiernos provinciales conservan todo el poder no delegado a la Nación y tienen competencia excluyente sobre los bienes ubicados en su territorio (artículos 121 y concordantes de la Constitución Nacional).

Este deber implica que las autoridades públicas tienen la obligación de adoptar medidas adecuadas y suficientes para proteger el patrimonio cultural y el deber de hacer cumplir a los propietarios y terceros el régimen jurídico de protección; debiendo responder ante la comunidad por dichas omisiones.

Como señalara precedentemente estamos frente a un nuevo derecho todos, un derecho de incidencia colectiva que impacta en el urbanismo, la economía y el ordenamiento jurídico y genera en el Estado, el derecho y el deber de su protección, con las

responsabilidades estatales pertinentes derivadas de esta nueva situación.

El deber de protección y preservación, también le compete a los propietarios del bien afectado como a los terceros ajenos al mismo, al disponer los ordenamientos locales ciertas limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y la obligación de requerir autorizaciones especiales para realizar intervenciones que puedan afectar o poner en peligro la morfología del bien protegido.

En ese sentido y a modo de ejemplo, los propietarios de bienes inmueble de valor patrimonial ubicados en la ciudad de Rosario, Santa Fe, Argentina, tienen la obligación de mantenerlos en buen estado de seguridad y salubridad, realizando los trabajos y obras precisas para conservarlos o rehabilitarlos, en un todo de acuerdo con las ordenanzas vigentes⁷; disponiendo la misma norma legal las pautas de conservación y/o de rehabilitación que deben observarse para hacer efectivo su cumplimiento y el de las medidas que la autoridad puede adoptar en caso de incumplimiento.

Y por último, el gran desafío para la gestión pública y último interrogante es ¿cómo proteger y preservar efectivamente el patrimonio urbano cultural?. ¿qué instrumentos de gestión urbana adoptar y como impedir que el particular propietario del bien inmueble que integra el patrimonio cultural respete el nuevo destino del mismo, que es su preservación y conservación para disfrute de la comunidad?

En el presente hay un contexto urbano conflictivo. El acento en las ciudades actuales no siempre está puesto en la generación de alternativas de crecimiento que aporten a la calidad ambiental y arquitectónica de la ciudad, respetando a la ciudad heredada. Así la conservación de lo existente en los ámbitos locales queda en manos de los particulares, promotores o desarrolladores, encontrándose las autoridades públicas en un pie de desigual, generalmente frente al mercado inmobiliario que apuesta al

⁷ Ordenanza Municipal N° 8245 de fecha 6 de marzo de 2008.

crecimiento en altura, como la opción económicamente más ventajosa, sustituyendo para ellos bienes de valor patrimonial.

Frente a esta situación problemática surge como inquietud si los actuales instrumentos de gestión urbana que adoptan las autoridades locales – municipios y comunas - para la protección y preservación del patrimonio cultural urbano resultan suficientes.

En otras palabras, ¿si esos instrumentos normativos son aptos para el cumplimiento de sus fines?, ¿ si el marco normativo dictado por los gobiernos municipales y comunales en el ámbito geográfico de sus competencias, en el que perviven estos inmuebles que se pretenden proteger, es el adecuado y suficiente para evitar su deterioro, ruina, demolición o sustitución?. ¿La integración de proyectos arquitectónicos contemporáneos en las estructuras preexistentes resulta una alternativa viable para la protección y preservación de los inmuebles protegidos?.

La normativa urbana dictada por los gobiernos municipales pone en evidencia el interés de las autoridades locales por proteger los bienes que integran el patrimonio cultural, pero, ¿se efectiviza realmente esta protección?, ¿son eficaces las medidas adoptadas al efecto?.

A estos interrogantes pretendo encontrarle una respuesta adecuada al finalizar mi trabajo de estudio y análisis de esta problemática, del cual en esta intervención dejo algunos enunciados y la enumeración de los instrumentos que han indicado a la humanidad qué proteger y los instrumentos de gestión posibles de implementar por parte de las autoridades públicas para efectivizar la protección.

Lo que si puedo adelantar es que las contestaciones que podamos encontrar a las cuestiones planteadas no son inocuas.

Los instrumentos de gestión que se adopten para tal fin integran un capítulo de estudio del derecho urbanístico; derecho, que al regular el ordenamiento de la ciudad, conducir su desarrollo y resolver las tensiones existentes en la misma cumple con múltiples valores, porque esta disciplina jurídica es realizadora de valores:

- políticos, desarrollo de la gestión urbana, conforme una determinada ideología;
- sociales, procurando en el desenvolvimiento de las ciudades satisfacer las necesidades de toda la comunidad en mirar de lograr el bienes de está, mujeres, varones, niños, ancianos, cualquiera sea su condición cultural, económica o social;
- económicos, regulando las actividades de carácter comercial, industrial, de servicios que se desarrollan en la ciudad, regulando el uso del suelo;
- eficiencia y eficacia, desarrollo de la ciudad con racionalidad urbana;
- culturales, preservando, conservando, rehabilitando e incrementando el patrimonio arquitectónico, histórico y cultural de la ciudad.

Ergo, resulta ineludible saber que valores priorizan las autoridades locales en la concepción para el desarrollo y desenvolvimiento de las ciudades para saber qué bienes del patrimonio urbano serán objeto de protección, por qué, para qué y cómo se los identifica y reconoce y qué medidas se adopten para tal fin.

Lo concreto hasta ahora ha sido la identificación de los bienes que integran el patrimonio cultural en el contexto internacional y en el nacional y local de cada país.

A. Protección a nivel internacional

Nos es la intención de este trabajo efectuar un análisis pormenorizado de los instrumentos de protección del patrimonio que han ido surgiendo internacionalmente, sino simplemente efectuar una mención de los mismos a los efectos de mencionar los criterios de intervención fijados por los mismos, sin dejar de señalar que estos han orientando y guiado a los estados en la elaboración de conceptos y estándares a tener en consideración al declarar los bienes a ser protegidos o regular la protección de aquellos, aunque estos documentos internacionales no ofrecen un marco jurídico de contención para los conflictos que puedan suscitarse y de hecho se suscitan como consecuencia del régimen

jurídico de preservación. El abordaje de estas cuestiones es propio de cada Estado de conformidad a su ordenamiento jurídico vigente y a la regulación del ejercicio del derecho de propiedad y el carácter de éste.

En este sentido merecen ser mencionados:

Carta de Atenas de 1931 propone criterios destinados a la continuidad del patrimonio; es el primero de los documentos internacionales que refiere a la conservación del patrimonio. Éste documento surge como consecuencia de una preocupación mundial sobre el estado de conservación en que se encontraba el Patrimonio cultural y plantea la necesidad de coordinar en forma mancomunada criterios y posturas de intervención, en el entendimiento que dicho patrimonio se encontraba desprotegido ante el avance de la modernidad que ponía en peligro lo construido y la identidad alcanzada a lo largo de los años por la humanidad.

Convención de La Haya de 1954 amplía el criterio de protección, y bajo el paraguas de bienes culturales incorpora a su régimen a los bienes muebles, inmuebles, a los lugares destinados a preservarlos, bajo criterios de gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, o de gran interés o importantes, así expresa que, "Para los fines de la presente Convención se considerarán bienes culturales, cualquiera sea su origen y propietario: a) Los bienes, muebles e inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico artístico y arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos; b) Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a), tales como museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflicto

armado los bienes culturales muebles destinados en el apartado a). Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a) y b), se denominarán "centros monumentales".

Estos "bienes culturales", definidos en forma tan amplia, gozan de protección general en tiempos de paz contra los efectos previsibles de un conflicto armado, así como de un respeto específico en caso de que estalle el conflicto por una parte, no utilizándolos por la otra parte para fines militares. Los Centros Históricos, por sí mismos y por el acervo monumental que contienen, representan no solamente un incuestionable valor cultural sino también económico y social. Los Centros Históricos no sólo son patrimonio cultural de la humanidad sino que pertenecen en forma particular a todos aquellos sectores sociales que los habitan."

Carta de Venecia de 1964, resalta la necesidad de proteger los vestigios materiales del patrimonio cultural; surge como una actualización y ampliación de criterios fijados oportunamente por la Carta de Atenas. A partir de su dictado se acrecentó la conservación del patrimonio y luce, en ese sentido es destacable la labor de organismos internacionales como la UNESCO y el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios, que marcan la necesidad de profundizar y plantear un mayor alcance, y los conceptos de conservación y restauración comienzan a tratarse más específicamente y por separado. Este documento plantea la necesidad de preservar los entornos donde se encuentran los bienes (monumentos) protegidos. Y remarca la necesidad de valorar también al patrimonio modesto.

Normas de Quito de 1967. El planteo fundamental de estas normas es adoptar medidas y políticas de conservación del patrimonio, poniendo la mirada en el desarrollo socio-económico de cada región de latinoamericana y señala la necesidad de contar con herramientas que puedan darle un nuevo impulso al patrimonio y a los monumentos en función del turismo, sin dejar de considerar el valor y problemática de los Cascos Históricos de

las ciudades. Destaca el riesgo que corren los patrimonios culturales por la falta de políticas de conservación y el abandono.

Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, instaurada por la UNESCO – París – 1972. Considerada un documento de trascendencia primordial en el impulso de selección, recuperación, preservación y exhibición del Patrimonio a nivel de los organismos supranacionales y / o internacionales, que reconoce a la especie humana como sujeto, pero también en relación con la naturaleza y el medio ambiente, que declara números sitios culturales, naturales y mixtos en más de ciento cincuenta países. Declara como Patrimonios de la Humanidad, por medio de un programa, que es ejemplo a seguir por los Estados, y constituye un reconocimiento a la diversidad humana de alcance mundial e histórico.

Declaración de Ámsterdam - 1975. Surge como culminación del Congreso de Ámsterdam. En líneas generales esta declaración continúa y reafirma todas aquellas nuevas nociones que surgieron en la anterior Carta, más, a diferencia de documentos internacionales anteriores pone una mirada en dirección a la práctica de la conservación, entendiendo a ésta como un criterio mucho más amplio, que puede abarcar tanto la restauración, como la rehabilitación, la protección, y fundamentalmente exhorta a una conservación integrada. Plantea el tema de la gestión del patrimonio urbano cultural en profundidad.

Carta de Nairobi – 1976. Este documento trata en particular sobre la temática de los centros históricos. Su relevancia frente a otros documentos anteriores es que, formulado en el marco de la UNESCO, busca lograr un alcance mundial. Este documento exhorta a los todos los estados miembros a establecer planes de salvaguarda que integren a los conjuntos históricos y los adapten a las necesidades contemporáneas.

Carta de Whashington – 1987. La presente Carta para la conservación de poblaciones y áreas urbanas históricas, concierne a los núcleos urbanos de carácter histórico, grandes o pequeños; comprende todo tipo de poblaciones (ciudades, villas, pueblos, etc.) y, más concretamente, los cascos, centros, barrios, barriadas,

arrabales, u otras zonas que posean dicho carácter, con su entorno natural o hecho por el hombre. Hace hincapié en que la conservación de las poblaciones o áreas urbanas históricas sólo puede ser eficaz si se integra en una política coherente de desarrollo económico y social, y si es tomada en consideración en el planeamiento territorial y urbanístico a todos los niveles y rescata la necesidad de la participación y el compromiso de los habitantes, como imprescindibles para conseguir la conservación de la población o área urbana histórica y que éstos deben ser estimulados a tal fin, señalando que, no se debe olvidar que dicha conservación concierne en primer lugar a sus habitantes.

Carta Internacional sobre Turismo Cultural – 1999. La Carta adopta criterios para favorecer la compatibilización entre turismo, intercambio cultural y preservación patrimonial. La Interacción dinámica entre el Turismo y el Patrimonio Cultural. Señala que el Turismo nacional e internacional sigue siendo uno de los medios más importantes para el intercambio cultural, ofreciendo una experiencia personal no sólo acerca de lo que pervive del pasado, sino de la vida actual y de otras sociedades y que puede captar los aspectos económicos del Patrimonio y aprovecharlos para su conservación, generando fondos, educando a la comunidad e influyendo en su política. Destaca que es un factor esencial para muchas economías nacionales y regionales y que puede ser un importante factor de desarrollo cuando se gestiona adecuadamente.

Carta de Cracovia – 2000. Actualiza los conceptos y pautas de la conservación y restauración. La Carta de Cracovia, surge como culminación de la conferencia internacional sobre conservación de ese mismo año en Cracovia y es de particular interés su análisis ya que cierra aquellos conceptos desarrollados a lo largo de los anteriores documentos y refleja las actuales orientaciones internacionales. Esta diversidad cultural por un lado, y un concepto de patrimonio arquitectónico que evoluciona día a día nos ubican en un panorama complejo. Por esta razón, a nivel internacional así como también a nivel nacional, se hace difícil, establecer normas ajustadas sobre la conservación del patrimonio. En este sentido la Carta establece por un lado, criterios

conceptuales generales y por otro lineamientos a seguir e implementar en cada estado, de acuerdo a la realidad y evolución de su patrimonio.

Carta de Viena -Salvaguardia de los Conjuntos Históricos y su Función en la Vida Contemporánea – 2005. La Carta es el resultado de la Conferencia Internacional sobre el tema, celebrada en Viena en 2005, patrocinada por UNESCO con presencia de más de seiscientos expertos de cincuenta y cinco países; la Carta desarrolla adecuadamente la idea de conjugar la conservación del patrimonio histórico con los nuevos desarrollos. Se pretende que el Memorandum se convierta en un documento clave para un enfoque integrado, que una la arquitectura contemporánea, al desarrollo urbano sostenible y a la integridad del paisaje, basándose en los modelos históricos, el estilo de construcción y el contexto; está dirigida a ciudades históricas ya inscritas en la Lista o que estén propuestas, así como a ciudades de mayor tamaño con monumentos en su territorio. El documento parte de la idea de que hay que superar los conceptos clásicos de “centros históricos”, “conjuntos” o “alrededores” para ir a un nuevo término: “el paisaje histórico urbano”. El concepto de paisaje histórico urbano supera la idea del edificio en sí, para considerar el lugar, el perfil de la ciudad, los ejes visuales, las líneas y tipos de edificios, los espacios abiertos, la topografía, la vegetación y todas las infraestructuras, incluso las de menor tamaño, porque todo se muestra como el reflejo de continuos cambios de uso, de estructuras sociales, de contextos políticos y de desarrollo económico, que se manifiestan a través de distintas intervenciones de todo tipo.

Con la mención de estos documentos y cartas internacionales quise reflejar de manera sucinta la preocupación por el las autoridades a nivel internacional por proteger el patrimonio urbano y cultural, fijando su contenido y alcance, sin perjuicio de otros instrumentos relevantes que un lector más avezado considere oportuno incorporar.

B. Protección del patrimonio a nivel nacional: Argentina

Recién en la Constitución Nacional, Reformada, del año 1994 se consagró constitucionalmente la protección al patrimonio cultural. El artículo 41 de la Carta Magna expresa que, todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo y las autoridades proveerán a la protección del derecho a un ambiente sano, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

La citada cláusula constitucional dispone además que corresponda a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Este mandato constitucional se completa con las atribuciones del Congreso de la Nación, descriptas en el artículo 75 del mismo cuerpo legal, que le impone la obligación de dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural (inciso 19).

La reforma constitucional de 1994 incorporó en forma expresa al texto de nuestra Ley Fundamental conceptos como: preservación del patrimonio cultural, protección de la identidad cultural y protección del patrimonio artístico.

Ya muchos antes de la reforma constitucional, estos conceptos se encontraban plasmados o enunciados en normas de carácter nacional.

La Ley N° 12.665, sancionada el 30 de setiembre de 1940 y su Decreto-reglamentario N° 84005/41, texto ordenado y actualizado al 30 de enero de 1993, crea la Comisión Nacional de Museos, Monumentos y Lugares Históricos, elabora un concepto de patrimonio cultural y ordena identificar, clasificar y listar el patrimonio nacional. Como consecuencia de ello la Comisión elaborara criterios y pautas para la valoración y selección del patrimonio cultural.

A esos efectos en la Disposición N° 5/91 de la Comisión Nacional (CNMMLH), define al Patrimonio Histórico Cultural y Natural, como “el conjunto que integran, en un todo armónico inseparable, los bienes de interés histórico o histórico artístico y el ámbito natural, rural o urbano que han dejado los hombres en la Argentina, en su trayectoria histórica como aporte a las generaciones futuras, La permanencia material de ese legado conforma la base concreta que da continuidad y armonía al desarrollo social y espiritual de la nación, reafirmando su continuidad cultural”

Esta definición es completada con los conceptos incorporados en la Ley N° 25.197, sancionada en fecha 10 de noviembre de 1999, que tiene como objetivo la centralización del ordenamiento de datos de los bienes culturales de la Nación, en el marco de un sistema de protección colectiva de su patrimonio, a partir de la identificación y registro del mismo, al que denomina Registro Nacional de Bienes Culturales.

La Ley individualizada precedentemente en su artículo 2° esboza el alcance del concepto de “bienes culturales”, expresando que se entiende por tales, a todos aquellos objetos, seres o sitios que constituyen la expresión o el testimonio de la creación humana y la evolución de la

Naturaleza, que tienen un valor arqueológico, histórico, artístico, científico o técnico excepcional.

El universo de estos bienes, conforme lo dicho en la norma jurídica señalada, constituirá el patrimonio cultural argentino, enfatizando en su texto que, son bienes culturales histórico-artísticos todas las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, de carácter irremplazable, cuya peculiaridad, unidad, rareza y/o antigüedad les confiere un valor universal o nacional excepcional desde el punto de vista histórico, etnológico o antropológico, así como las obras arquitectónicas, de la escultura o de pintura y las de carácter arqueológico, y a tal fin enumera las categorías posibles.

C. Protección del patrimonio urbano a nivel local

a. Provincia de Santa Fe

Nuestra Provincia de Santa Fe, aún no ha reformado su Constitución, no obstante las directivas consagradas en la Constitución Nacional Reformada⁸ de manera que los conceptos antes enunciados: preservación del patrimonio cultural, protección de la identidad cultural y protección del patrimonio artístico, son extraños al texto de la misma.

No obstante, en su artículo 22 la Constitución Provincial dispone que las autoridades provinciales asuman el compromiso de promover, estimular y proteger el desarrollo y la difusión de la cultura en todas sus formas, tanto en sus aspectos universales como en los autóctonos. Este mandato constitucional nos permite inferir que en el enunciado “cultura en todas sus formas”, se incluye al patrimonio urbano cultural.

Por ello, al sancionarse en el año 1999 la Ley N° 11.717, de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable⁹, su artículo 2° dispone que, la preservación, conservación, mejoramiento y recuperación del medio ambiente comprende, en carácter no taxativo:... d) La preservación del patrimonio cultural y el fomento y desarrollo de procesos culturales, enmarcados en el desarrollo sustentable”.

Es de esperar y no tengo dudas de que en la reforma constitucional a realizarse oportunamente las autoridades constituyentes consagren la protección del patrimonio cultural, habilitando a la Legislatura Provincial al dictado de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección e imponiendo a los municipios y comunas, el dictado de la normativa complementaria, sin alterar las competencias jurisdiccionales de

9 Si bien la inclusión del patrimonio cultural en el complejo ambiental dificulta el adecuado tratamiento de uno y otro fenómenos, ya que las técnicas jurídicas de protección del medio físico son distintas en atención a la diversidad ontológica de los objetos tutelados, ciertas afinidades permiten justificar su inclusión en una ley de protección del medio ambiente y de esta manera la potestad interventora de las autoridades provinciales y locales para la protección y preservación del mismo.

aquellos, en atención al postulado nacional que dispone que, cada provincia dicta su propia constitución, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero¹⁰.

b. Municipio de Rosario

El Municipio de la ciudad de Rosario reaccionó tardíamente, y asumió su compromiso para con el patrimonio urbano en la década del ochenta, casi más de diez años después que en la ciudad y con motivo de régimen de desgravación impositiva para la construcción de viviendas colectivas se sustituyeron en zonas destacadas, valiosos inmuebles del siglo anterior por edificio en propiedad horizontal.

Su interés por la protección del patrimonio arquitectónico urbano se puso de manifiesto en el año 1984, con la creación de una Comisión Evaluadora, con competencia para recomendar sobre la conveniencia o no de otorgar premisos de reforma o demolición, según sea el valor de preservación de edificios existentes con fecha de aprobación de planos anteriores al 1° de enero de 1953.

La creación, composición y competencia de la Comisión Evaluadora fue ratificada en el año 1987, con el dictado del Decreto N° 2791, y se le encomendó además, llevar adelante todo tipo de actividades que conduzca a una creciente concientización de la ciudadanía sobre la preservación del patrimonio histórico urbano, denominándola en adelante: “Comisión de Preservación del Patrimonio Urbano Arquitectónico”.

¹⁰ Constitución de la Nación Argentina: Art. 123.- Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. Art. 5°.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Casi diez años después y ante la inexistencia a nivel provincial de un marco legal que ampare la intervención de los municipios o comunas en la protección del patrimonio urbano y ante la falta de conciencia colectiva referida a la protección y rehabilitación de dicho patrimonio, prevaleciendo la especulación del mercado inmobiliario, en el año 1996 con el dictado de la Ordenanza N° 6171, se pone en marcha en el ámbito municipal el Programa de Preservación del Patrimonio, Histórico Urbano y Arquitectónico, como un instrumento ordenador de la ciudad.

Entre sus objetivos se fija difundir y promover los aspectos relacionados con la preservación del patrimonio urbano y divulgar el catálogo de edificios y áreas de protección urbana, esto último, a los fines que sus propietarios tomen conciencia del estado de situación de sus bienes y dispone que la autoridad municipal estudiará la factibilidad de que los propietarios de las fincas de interés urbanístico puedan ejecutar ampliaciones, transformaciones y/o refuncionalización de sus propiedades, respetando las normas que se estudiarán al respecto y las que deberán implicar acciones de restauración-consolidación y mantenimiento de las características originales de los bienes o espacios. La misma Ordenanza da algunos ejemplos de intervención tendientes a efectivizar la protección de los edificios, como: a) construcción en altura: respetando los índices edilicios vigentes, manteniendo la fachada y toda la piel del edificio; b) en materia de refuncionalización como consecuencia del cambio de actividad por uso comercial: mantener y conservar totalmente las condiciones en que se encuentran los bienes; c) en relación a los retiros previstos en el Reglamento de Edificación: análisis de la situación urbana y la obra en sí, a los efectos de materializar dicho retiro pero manteniendo la fachada como pantalla en caso demolición o bien ejecutando recovas; entre otros.

La Ordenanza en comentario, también encomienda al Departamento Ejecutivo Municipal a realizar gestiones ante el Gobierno Provincial para que éste elabore normativas generales de preservación para que la protección de edificios y áreas de interés como patrimonio urbano sean incorporadas a la Carta Orgánica de Municipalidades. Hasta el presente ninguna

incorporación o modificación se ha hecho a la mencionada norma jurídica en este sentido.

En el año 2000 se sanciona la Ordenanza N° 6982 que encomienda al Departamento Ejecutivo la elaboración del inventario de inmuebles, sitios y conjuntos históricos de valor patrimonial oportunamente relevados, de acuerdo a las técnicas sugeridas por la Comisión de Patrimonio de la UNESCO.

Un año más tarde del Consejo Municipal de la ciudad, sanciona la Ordenanza N° 7156, declarando de Interés Municipal los Edificios y Sitios de Valor Patrimonial que figuran en el inventario aprobado por la Ordenanza N° 6982, con sus respectivas categorizaciones, grados de protección y recomendaciones para sus posibles intervenciones futuras.

En el año 2005 a los efectos de viabilizar toda intervención que demande permiso de obra, sea para demolición total o parcial o para autorizar nuevas construcciones o reformas que modifiquen sustancialmente las pautas de preservación establecidas en el Programa de Preservación del Patrimonio Histórico, Urbano y Arquitectónico a realizarse en los inmuebles catalogados por la Ordenanza N° 7156, se exige un anteproyecto de convenio urbanístico entre los propietarios de los edificios catalogados y el Departamento Ejecutivo Municipal, el que será aprobado, modificado o rechazado por el Consejo Municipal. (Ordenanza N° 7837).

Transcurrido tres años desde la exigencia de la celebración de convenios urbanísticos para habilitar intervenciones en inmuebles protegidos, y como consecuencia de los emprendimientos inmobiliarios intensivos en el área de la ciudad de Rosario delimitada por el Bv. Oroño, la Av. Pellegrini y el Río Paraná, que implicaron en muchos casos, la desaparición de inmuebles de valor patrimonial, aún de algunos que se encontraban catalogados y sujetos al régimen de protección, se sancionó la Ordenanza N° 8245, que entiende como Inventario y Catalogación de Bienes del Patrimonio Histórico Arquitectónico y Urbanístico de la ciudad de Rosario, a la definición de disposiciones para la protección y preservación del patrimonio arquitectónico de la ciudad en su

conjunto y establece normas referidas a: criterios de preservación, modalidades de intervención, conservación y rehabilitación de las construcciones, características y disposiciones de los elementos que afectan al espacio público y mecanismos de gestión.

A tal efecto, la mencionada Ordenanza entre sus aspectos más salientes, dispone que los propietarios de los inmuebles de valor patrimonial tienen la obligación de su conservación y rehabilitación; efectúa una clasificación de los edificios, conforme criterios de la autoridad pública según estándares universales, en bienes inmuebles privados o públicos y dentro de estos: obras con valor universal singular o unitario; edificios con valor en relación con la definición del tejido urbano y la antigüedad de su construcción; esquinas, tramos de edificaciones o edificios por el año de construcción, obras con valor testimonial; plazas, parques y paseos ribereños.

La misma Ordenanza determina distintos grados de protección: i. protección directa integral: todo el bien sujeto a preservación; ii. protección directa parcial: sobre parte del bien sujeto a preservación; iii. protección indirecta o de referencia: demolición y nueva construcción controlada por la autoridad municipal; iv. protección específica: de los elementos considerados de valor y protección ambiental y, precisa los conceptos de restauración, consolidación y liberación.

Por último en el año 2012 se sanciona la Ordenanza N° 8692 que regula un régimen diferencial para el desarrollo de proyectos edilicios especiales en parcelas o grupos de parcelas que incluyan operaciones de renovación, rehabilitación y/o sustitución edilicia en inmuebles objeto de protección, clasificando los proyectos incluidos en este régimen y otorgando índices edilicios diferenciados en relación a alturas máximas permitidas espacios circundantes laterales, retiros de fachadas, etc.

La presencia de esta normativa en el Municipio de la ciudad de Rosario es muestra de que en los últimos años el tema de la preservación del patrimonio ha ocupado un destacado lugar en el debate de la cultura arquitectónica y urbanística en la ciudad, bajo la premisa que los edificios y sitios de valor patrimonial forman

parte del «capital cultural» de una ciudad y por ende merecen legal y adecuada protección.

En este contexto, en la política definida de ordenamiento urbano-territorial de la ciudad, plasmada en el “Plan Urbano 2007/2017”, un capítulo especial merece la preservación del patrimonio como política pública local. En la revisión normativa integral que se formula en el mencionado plan, la política de protección del patrimonio histórico, arquitectónico y urbanístico en la ciudad de Rosario se basa fundamentalmente en la definición de índices de edificabilidad y altura para desalentar procesos de sustitución edilicia en áreas urbanas donde se encuentran emplazados los bienes inmuebles de valor patrimonial; en el impulso de usos y actividades que garanticen la permanencia de los bienes de valor patrimonial; en la implementación de modalidades de intervención urbanística en áreas de protección histórica.

La Municipalidad de Rosario, entonces, han iniciado en las últimas décadas políticas urbanas que promueven la recuperación, restauración preservación y, sobre todo, de difusión del patrimonio urbano cultural rosarino, desde sus propias reparticiones municipales, pero con el concurso de entidades e instituciones relacionadas con la estimación histórica, arquitectónica y cultural de la ciudad, tales como la Universidad Nacional de Rosario, el Colegio de Arquitectos, el Colegio de Ingenieros Especialistas de la provincia de Santa Fe, distintas Organizaciones No Gubernamentales de la Provincia, en el convencimiento que, sin el involucramiento de los actores sociales representativos de la ciudad una política de recuperación del patrimonio arquitectónico urbano, no se sostiene en el tiempo. Solo la conciencia colectiva sobre el valor que los bienes a proteger es lo que permite la recuperación total o parcial del patrimonio arquitectónico de la ciudad.

2. La gestión del patrimonio urbano cultural: los instrumentos de gestión

Para gestionar adecuadamente el patrimonio cultural se necesita prioritariamente del compromiso o decisión política de las autoridades locales que advierten la necesidad del desarrollo de

estrategias de rescate patrimonial; en este sentido resultó halagüeño, en nuestra Provincia de Santa Fe, el mensaje del señor Gobernador Provincial, al inaugurar en agosto de 2012, en la ciudad de Rosario, un espacio cultural, cuando señaló, que *“Estamos recuperando muchos lugares que hacen al patrimonio histórico de la provincia, porque creemos que allí están nuestras tradiciones, cultura, identidad y pertenencia.”*

Estas palabras del máximo responsable de la administración pública provincial son un buen punto de partida, para pensar que habrá políticas públicas para preservar el patrimonio cultural santafesino desde la gestión estatal.

Y digo punto de partida porque lo cierto es que hasta el presente la única normativa que contempla la obligación de preservar el patrimonio cultural a nivel provincial, como se mencionó precedentemente es la Ley de Medio Ambiente Provincial, por ende, la gestión urbana del patrimonio arquitectónico en nuestro ámbito provincial se encuentra a cargo de las autoridades municipales y comunales, quienes implementan para tal fin distintos instrumentos de gestión.

A tal efecto en el ámbito municipal y comunal se ha interpretado a la Gestión Urbana como el conjunto de intervenciones de la Administración Pública sobre el mercado del suelo, a los efectos de asignarle al mismo un uso y destino adecuado, corrigiendo lo que podría conducir a evoluciones socialmente inaceptables e ineficaces en materia económica y ecológicamente dañosas.

De manera aún más sencilla podemos señalar que, “la gestión urbana es la suma de acciones tendientes a asignar una utilización al suelo”.

La gestión del suelo urbano es una herramienta fundamental al alcance de las autoridades públicas para el desarrollo social, económico y cultural de las ciudades en dirección a un proceso sustentable.

La política urbana del municipio o de la comuna, no se agota con la utilización de un único instrumento, o con el dictado de una normativa o código urbano o reglamento de ordenamiento

territorial reglamentario, requiere del uso eficiente y eficaz de un conjunto de instrumentos de actuación urbanística que posibiliten una estrategia urbana transformadora y orientada al fortalecimiento del rol de los gobiernos locales, a la sostenibilidad ambiental, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural, teniendo siempre como finalidad reducir la exclusión socio – territorial.

Con el uso de los instrumentos de gestión urbana deberíamos acercarnos a la construcción de una ciudad real, posible de concebir respetando las necesidades de la multiplicidad de los actores que intervienen en su producción, generando una acción concertadora que permita la realización del interés público que se persigue en la conformación de la ciudad, en armonía con el interés particular de cada uno los habitantes que moran o trabajan en ella.

Los instrumentos deben permitir la gestión de la complejidad de la ciudad con orientación o visión estratégica.

Podemos definir a los instrumentos de gestión como los procedimientos de carácter técnico y jurídico que llevan adelante las autoridades locales y que tienen como fin permitir la ejecución de las determinaciones o directrices que derivan de las políticas urbanas pensadas. Éstos conforman, en su conjunto, las herramientas de planificación, de gestión, promoción, participación, que aplicadas en forma simultánea y coordinada, permiten definir las condiciones de la actuación urbanística para la producción del espacio urbano y la conservación y preservación de lo ya construido.

De la variedad de instrumentos existentes, hemos de identificar aquellos que las autoridades públicas utilizan a los fines de concretar la protección y preservación del patrimonio cultural, sensibilizar a la opinión pública, colaborar y auxiliar suficiente y adecuadamente al propietario del inmueble para que este no anhele la destrucción o demolición del mismo, a los fines de recuperar el valor de su terreno y poder negociarlo libre de las restricciones que el régimen jurídico de protección del patrimonio urbano cultural le impone.

Los instrumentos de gestión que se enuncian seguidamente, son los de más frecuente uso en la gestión urbana de los municipios y comunas argentina, o que se encuentran legislados pero aún no tienen una aplicación regular, sin perjuicio de la existencia de otros en el derecho comparado, que aún no han tenido anclaje en nuestra legislación local.

A. Instrumentos de planificación

Los instrumentos de planificación¹¹ implementan las políticas generales de desarrollo territorial del municipio; son instrumentos técnicos y normativos que ordenan el territorio municipal. Abarcan el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y el uso del suelo.

a. Plan Urbano

El Plan Urbano¹², es el instrumento que expresa los lineamientos de la política de desarrollo territorial de una ciudad a través de estrategias, objetivos, directrices generales, programas, proyectos y normas reglamentarias y de gestión. Es una herramienta básica de actuación, para impulsar la incorporación de importantes modificaciones en la estructura física y funcional de la ciudad, ordenar la acción pública y promover la inversión privada.

La finalidad principal de este instrumento es promover y ordenar el pleno desarrollo de la ciudad, asegurando dar respuestas a las necesidades de los ciudadanos en cuanto a la calidad de vida, a la justicia social y al desenvolvimiento de las actividades económicas;

¹¹ El planificación que se expresa en el planeamiento urbano, forma parte de las técnicas del urbanismo y comprenden el conjunto de instrumentos y prácticas de carácter esencial proyectual que establecen un modelo de ordenación para el ámbito espacial, que generalmente se refiere a un municipio, a un área urbana, a un barrio, destinado a organizar, prever, encauzar y controlar el proceso de su desarrollo urbano. TALLER, A.; ANTIK, A., *Curso de Derecho Urbanístico*, Rubinzal Culzoni Editores, Argentina, 2011, p. 88

¹² También denominado Plan Director, Plan Maestro, Plan Regulador, Plan General, Plan de Ordenamiento Territorial.

todo esto, al definir los elementos claves de la estructura urbana, que componen el soporte del ordenamiento urbanístico del territorio municipal, establecer las directrices y orientaciones generales referidas a la configuración de la ciudad y al ordenamiento urbanístico del territorio, identificar los proyectos estructurales a partir de los cuales se promueve la transformación de la ciudad, fijando los procedimientos, las modalidades o instrumentos a utilizar para orientar la gestión urbana del territorio municipal; clasificar el suelo como medida previa a la ejecución de las acciones propuestas para su ordenamiento urbanístico e integrar y controlar acciones que involucren definiciones territoriales impulsadas por diferentes agentes públicos, institucionales y/o privados.

El Plan Urbano es la figura clásica del planeamiento en el que las autoridades públicas, con el consenso en algunos casos de los ciudadanos, definen el proyecto urbanístico deseado y las posibles transformaciones a futuro de la ciudad.

Para ello establece las políticas generales a aplicar en todo el territorio municipal, referidas a los distintos temas que inciden en el desarrollo urbano, como: ordenamiento de suelo, sistema vial, espacios públicos, equipamientos colectivos e infraestructura y servicios básicos y define también las políticas a aplicar en temáticas sectoriales vinculadas a problemáticas más específicas: vivienda, movilidad, patrimonio histórico, arquitectónico y urbanístico, industria y servicios y medio ambiente.

Por ende, el Plan Urbano constituye la ordenanza marco a la que se ajustan las políticas y acciones urbanísticas, ambientales, de protección del patrimonio urbano cultural y las obras públicas en un Municipio.

Dictado este plan se necesita luego del dictado de instrumentos reglamentarios operativos, de alcance general o carácter particular, que implementen las intervenciones y la programación en el tiempo, con criterios de eficacia y economía de recursos.

Como regulaciones particulares surgen los Planes Especiales, Planes Sectoriales, Planes de Detalle y Áreas de Preservación

Histórica –APH–, permiten impulsar el desarrollo de sectores de la ciudad considerados de valor estratégico. Todos estos instrumentos requieren para su entrada en vigencia y aplicación la aprobación de los Concejos Municipales.

b. Planes Especiales

Es un instrumento de planificación de escala intermedia, mediante el cual se desarrollan y complementan las disposiciones del Plan Urbano, aplicable a áreas ubicadas en suelo urbano o de expansión, de acuerdo con los escenarios de planeación requeridos y las metas que se pretendan obtener.

Refieren a estudios parciales del territorio municipal, y tienen por finalidad desarrollar propuestas de planificación en una escala más reducida, ya sea en las áreas urbanas o complementarias y pueden referirse a la renovación, protección, estructuración, reestructuración y consolidación de sectores así como al desarrollo de una propuesta integral en una zona o sector previamente delimitado.

Los planes parciales se pueden clasificar en los siguientes tipos: de expansión urbana, de desarrollo, de renovación urbana, de mejoramiento integral y de conservación y preservación y también pueden ser planteados para cambios de norma de aprovechamiento.

c. Planes Sectoriales

Son los destinados a desarrollar aspectos contemplados en el Plan Urbano dentro de los sistemas de la ciudad. Estos pueden estar referidos a cuestiones de tránsito, transporte de cargas, saneamiento, desagües pluviales, etc., sin que esta enunciación sea taxativa, en líneas generales atienden problemáticas particulares; intervenciones acotada espacial y temporalmente.

En todos los planes sectoriales se deberá garantizar la coherencia de la actividad planificada con lo dispuesto en el Plan Urbano, respetando los usos dispuestos en el territorio.

d. Planes de Detalle

Es el instrumento mediante el cual es posible completar el ordenamiento de un determinado ámbito del espacio territorial urbano en sus aspectos urbanísticos más precisos: amanzanado, parcelario, nivelaciones, edificabilidad, alturas, retiros, afectaciones, usos, y otros, respetando el entorno donde las intervenciones tiene lugar.

*B. Instrumentos de promoción y desarrollo*¹³

Los instrumentos de promoción y desarrollo son mecanismos destinados a facilitar la ejecución de diferentes proyectos o la gestión de áreas o servicios urbanos.

Algunos de ellos se instrumentan a través de la promoción de procesos de colaboración entre los propietarios del suelo, las organizaciones sociales y las autoridades públicas.

En el marco del Plan Urbano 2007/2017 del Municipio de Rosario (Santa Fe-Argentina), los instrumentos de gestión previstos, para la protección y preservación del patrimonio urbano cultural: los Convenios Urbanísticos; el Régimen Diferencial para el Desarrollo de Proyectos Edilicios Especiales y los Convenios de Esfuerzo Compartido

a. Convenios Urbanísticos

Se identifica como convenio urbanístico al acuerdo celebrado entre un municipio o comuna con otras organizaciones gubernamentales públicas o privadas o particulares para la realización de estrategias, objetivos, directrices, planes y proyectos previstos en el plan de ordenamiento urbano-territorial.

Este acuerdo de voluntades público-público; público-privado¹⁴, es un instrumento jurídico y de gestión urbana que tiene como

¹³ También denominados instrumentos de gestión para la concertación.

¹⁴En la ciudad de Rosario y en el marco del Plan Urbano 2007/2017 se aplicarán con las siguientes finalidades:1. promover la implementación de proyectos especiales de gran escala, con la participación de distintos actores, en parcelas o grupos de parcelas cuya superficie supere los 5000 metros cuadrados, en donde se considera pertinente la definición —en un«Plan Especial y/o Plan de Detalle»— de indicadores diferenciados de

objetivo impulsar acciones de nuevas urbanizaciones, de reconversión para impulsar acciones de nueva urbanización, de reforma, de renovación, de rehabilitación y/o sustitución urbana y de protección o preservación del patrimonio cultural urbano.

Se ha sostenido que estos convenios son “acuerdo de voluntades suscrito entre las Administraciones públicas y las personas físicas o jurídicas públicas o privada, titulares de derechos o intereses urbanísticos, afectados de un modo u otro por una determinada actuación urbanística (promotores, propietarios de suelo, Juntas de compensación, y, en su caso, simples vecinos residentes en la zona cuyos derechos, arrendaticios preferentemente o de otra clase, puedan resultar afectados por las operaciones a realizar) en orden al mejor desarrollo de la misma”¹⁵.

Los convenios urbanísticos son en definitiva aquellos acuerdos suscritos entre la Administración y los particulares c, como interesados en una determinada actuación urbanística, con el

los genéricamente establecidos en el «Reordenamiento Urbanístico» para el tejido urbano tradicional; 2. para garantizar la implementación sostenida en el tiempo de de un plan-programa –Plan Especial y/o Plan de Detalle– que garantice el cumplimiento de los compromisos asumidos por cada una de las partes, a los efectos de desarrollar importantes sectores de la ciudad sometidos a procesos de cambio;3. para canalizar adecuadamente la inversión pública y/o privada en pos de un beneficio colectivo.

¹⁵ “Los convenios urbanísticos como instrumento legal en el ordenamiento jurídico y su conexión con los sistemas de actuación”; <http://www.mappiinginteractivo.com/planilla> (consulta junio 2009) citado por Silvia Marengo (Consultor 2), en el Informe Final – Componente 5. Estudio1.EE.289. Plan de Desarrollo Local Bahía Blanca-Argentina. También se los ha identificado como los acuerdos celebrados entre un Municipio con las organizaciones gubernamentales o particulares para la realización de estrategias, objetivos, directrices, planes, proyectos y reglamentaciones. (REESE, E., “Instrumentos de gestión urbana, fortalecimiento del rol del municipio y desarrollo con equidad”, *Curso de Gestión Urbana, 09/19 de febrero de 2003*. Lima, Perú, p. 18.

objetivo de lograr la colaboración de los mismos en la consecuencia de dicha actuación¹⁶.

En síntesis, se trata de un acuerdo de voluntades celebrado entre la Administración Pública y una persona física o jurídica, pública o privada, generador de derechos y obligaciones, bajo un régimen jurídico exorbitante, para la realización de operaciones urbanísticas previstas en los planes urbanos y tendientes a satisfacer el interés público.

Estos instrumentos de gestión urbana son de carácter contractual, contratos regulados por el derecho administrativo, con efecto principalmente entre las partes, pero también con efecto *erga homines*, estos es que producen efectos jurídicos también hacia terceras personas ajenas a la celebración del acuerdo, por cuando al ser aprobados por ordenanzas municipales, se convierten en normas jurídicas urbanísticas de carácter general y de cumplimiento obligatorio para toda la comunidad.

Estos acuerdos están imbuidos de un régimen jurídico exorbitante, como consecuencia del cual la administración pública local, ejercer durante la ejecución del convenio urbanístico, prerrogativas propias de ella, como es el derecho al *ius variandi*, la potestad de aplicar sanciones ante incumplimientos o desviaciones en el cumplimiento del objeto del convenio, de rescisión unilateral o de caducidad del convenio, por causa imputables a los contratantes.

El límite para la celebración de los convenios urbanísticos está dado por la circunstancia que la autoridad pública no enajene sus potestades urbanísticas y respete: a) el principio de legalidad, en el sentido que el contenido del convenio urbanístico debe estar enunciado en el plan urbano y aprobado por una ordenanza municipal emanada del Consejo Deliberante del Municipio; b) el principio de razonabilidad, es decir que las medidas que se adoptan deber proporcionales al fin que persigue el objeto del

¹⁶ TALLER; ANTIK ... op. cit., p. 194.

mismo; c) el principio de eficiencia y eficacia y d) el principio de la buena administración.

Los convenios urbanísticos pueden ser clasificados para su estudio y en razón del contenido de los mismos en:

- 1) Convenio urbanístico de nueva urbanización con la finalidad de ejecutar operaciones de urbanización básica o integral u operaciones de subdivisión del suelo en grandes superficies ubicadas en zonas del suelo urbanizable (operaciones de nueva urbanización);
- 2) Convenio urbanístico de reconversión urbana, (operaciones de reconversión urbana);
- 3) Convenios urbanísticos de planeamiento, cuando incluyen o pueden tener como consecuencia modificaciones a lo estipulado en la legislación urbanística;
- 4) Convenios urbanísticos para la ejecución del planeamiento: aquellos que no afectando en absoluto lo determinado en la legislación urbanística vigente, se limitan a la determinación de los términos y las condiciones de la gestión y la ejecución del planeamiento y demás instrumentos existentes en el momento de su celebración. Del cumplimiento de estos convenios no se deriva ninguna modificación, alteración, excepción o dispensa del planeamiento establecido.

Los contenidos de los convenios urbanísticos deben respetar en especificaciones mínimas y generales, como a) objeto del Convenio, claro, preciso, cierto, jurídica y físicamente posible, b) los plazos totales o parciales de duración del mismo o de las actuaciones urbanísticas que se identifican en su objeto; c) la descripción de las prestaciones y contraprestaciones a que se obligan las partes con indicación de tiempo y forma; c) la modalidades de control periódico que se ejercerá con respecto a los contenidos y resultados parciales de lo convenido, a los efectos de asegurar el éxito del convenio y d) todos aquellos otros detalles que hagan al mejor cumplimiento del mismo.

En material de protección del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural los convenios adquieren suma importancia y se trata de un camino que permite la intervención de propietarios, pero también de terceros en las intervenciones urbanísticas de protección.

En el Municipio de Rosario no existe una normativa específica¹⁷ que regule la formulación y el contenido de los convenios urbanísticos, sin perjuicio de ello, se encuentran enunciados en el Código Urbano de la ciudad, Ordenanza N° 6492 del año 1997 y en el Plan Urbano 2007/2017. La política urbana de protección del patrimonio histórico, arquitectónico y urbanístico se lleva adelante mediante procesos de gestión encauzados con los propietarios de los inmuebles catalogados y actores privados como, instituciones locales, promotores y desarrolladores. Cuando se trata de propietarios de inmuebles catalogados la modalidad refiere fundamentalmente a la firma de Convenios Edilicios, que incluye en muchos casos el otorgamiento de incentivos

¹⁷ De la investigación efectuada a la fecha de redacción de este trabajo, puede dar cuenta de la existencia de en la Municipalidad de la ciudad de Córdoba, Argentina de la existencia de la Ley N° 12077 del año 2012 que regula los convenios urbanísticos entre la Municipalidad de Córdoba y las personas físicas y/o jurídicas de carácter público y/o privado, en lo relacionado con el fraccionamiento, uso y ocupación del suelo de predios ubicados en el ejido municipal de la ciudad de Córdoba (artículo 1°) y tiene como objetivos fundamentales de la regulación de los convenios urbanísticos: Instrumentar mecanismos jurídicos, administrativos, y económicos financieros, que doten al gobierno municipal de las herramientas de gestión para favorecer el desarrollo de la ciudad, promoviendo la inversión privada, en concurrencia con los planes, programas, obras y acciones de interés público; Fomentar la cooperación entre los sectores públicos de distintas jurisdicciones y público – privado para la realización de proyectos, o la gestión de áreas o servicios urbanos y Alcanzar transformaciones urbanísticas y estructurales en áreas de la ciudad con mayor rapidez de ejecución y menor afectación de recursos públicos (artículo 2°). No previendo la misma su utilización para la protección, preservación o conservación del patrimonio cultural urbano ni para protección de áreas de interés históricas, culturales o arquitectónicas, de manera expresa.

económicos y que son una especie de convenios urbanísticos. En estos contratos celebrados con los propietarios de los inmuebles catalogados, asumen el compromiso de conservar el edificio, no sustituirlo y en caso de autorizarse la sustitución parcial conservar la fachada o habilitar su reconstrucción con elementos que preserven su estilo original, con un resultado a veces poco feliz, que luce como una máscara que intenta que el bien no pierda su autenticidad ni valor de conjunto.

b. Convenios de Esfuerzo Compartido

Son una especie de convenios urbanísticos y se ubican como una modalidad de la especie de convenio edilicio. Es un instrumento alternativo que permite a las autoridades locales ejecutar obras públicas incorporando para su realización a actores privados: beneficiarios o frentistas, en el proceso de construcción de las mismas.

Bajo esta modalidad de intervención urbanística, existen convenios de esfuerzo compartido de Preservación. Este instrumento de gestión urbana permite brindar ayuda

técnica y económica a los propietarios o terceros interesados (inquilinos) en rehabilitar inmuebles que forman parte de la identidad arquitectónica de la ciudad, mediante el otorgamiento de un subsidio del Fondo de Preservación, creado para este fin.

En el convenio a celebrar se debe definir el criterio y marco técnico de la intervención y las autoridades municipales realizar un seguimiento de las tareas propuestas y aprobadas.

c. Área de Protección

La finalidad de este instrumento de gestión es proteger y poner en valor el patrimonio construido, ambiental y paisajístico del territorio municipal ubicado en un área determinada de la ciudad.

Estos instrumentos pueden ser aplicados a áreas de particular interés en forma simple o combinada: a) Área de Protección Histórica (APH): con su implementación la autoridades municipales locales aplican dispositivos de preservación, protección y/o eventual sustitución en aquellos sectores de la

ciudad que contienen en su interior situaciones tales como: edificios de valor histórico y/o arquitectónico y condiciones particulares en la edificación, la morfología del conjunto edilicio y la composición o el carácter de los espacios públicos.

Las especificaciones de las intervenciones autorizadas en un sector de la ciudad declarado Área de Protección Histórica debe establecerse de manera concreta en la normativa particular que se dicte por la autoridad competente e indicar los grados de protección edilicia¹⁸ (directa o indirecta), las medidas de preservación y potenciales transformaciones de uso permitidos, los indicadores urbanísticos específicos para las parcelas involucradas, las condiciones para el diseño, los materiales e instalación de elementos admitidos sobre la fachada: (marquesinas y/o salientes de fachada, toldos y elementos publicitarios), y toda otra restricción administrativa que garantice la conservación y preservación del bien objeto de tutela.

d. Régimen Diferencial para el Desarrollo de Proyectos Edilicios Especiales

Este instrumento de promoción y desarrollo permite a la autoridad local gestionar el patrimonio urbano, con la colaboración o adhesión de organismos públicos, actores privados o mixtos, para impulsar la ejecución de proyectos edilicios especiales, en parcelas o grupos de parcelas que incluyan operaciones de renovación, rehabilitación y/o sustitución edilicia, donde se considere pertinente la definición de indicadores de altura máxima y parámetros de distancias diferenciados de los genéricamente establecidos por la normativa vigente.

La adhesión al Régimen Diferencial para el Desarrollo Proyectos Edilicios Especiales reconoce la aceptación de las compensaciones económicas a que de lugar su aplicación, en virtud del mayor

18 Protección directa al inmueble catalogado, definiendo el grado de protección y el nivel de intervención; Protección indirecta, al inmueble, que sin presentar un valor en sí mismo, integra un conjunto y por ende se admite de éste la demolición pero con control de la nueva edificación, con indicadores urbanísticos específicos para las parcelas involucradas.

aprovechamiento urbanístico resultante de la recalificación normativa.

Este régimen, de interés en materia de preservación del patrimonio urbano, se aplica cuando por unificación de parcelas se involucre en estas operaciones inmuebles catalogados en el régimen de protección urbano cultural y debe respetarse las condiciones establecidas según el grado de protección y los niveles de intervención determinados en el ordenamiento jurídico urbanístico.

e. Premios de Incentivo

El sistema de premios de incentivo es un mecanismo que busca incentivar una mejor configuración de la ciudad a través de soluciones arquitectónicas y urbanísticas que desarrollen programas y acciones de gran compromiso con el espacio público y respeto por el medio heredado.

Entre los incentivos a otorgar a los propietarios de los inmuebles reconocidos como patrimonio cultural pueden señalarse: 1). Exención del impuesto territorial o predial contemplado en la ley sobre impuesto inmobiliario; 2). Beneficios tributarios en caso de transacciones inmobiliarias sobre los mismos (disminución o eximición de impuestos en caso de donaciones o ventas).

C. Instrumentos de Intervención Jurídica

Son los instrumentos jurídicos de gestión urbana destinados a la adquisición de bienes inmuebles requeridos para la ejecución de actuaciones urbanísticas u operaciones urbanas, o para proteger y preservar el bien a los efectos de evitar que los propietarios incumplan con el régimen jurídico del patrimonio cultural urbano y sustituyan el inmueble objeto de protección.

Son instrumentos de intervención que afectan el derecho de propiedad de los titulares del inmueble urbano y admiten como modalidad la enajenación voluntaria y la expropiación administrativa y judicial.

La enajenación voluntaria, se materializa a como consecuencia de la compra directa del bien inmueble tutelado¹⁹.

Por su parte podrá haber expropiación de un bien inmueble afectado por una declaración de interés cultural cuando la administración advierta que el propietario del inmueble o el poseedor del mismo no lo conserva, mantiene o custodia debidamente, resultando causa justificante de interés social o de utilidad pública (en los términos del artículo 17 de la Constitucional Nacional Argentina), el peligro de destrucción o deterioro o el uso incompatible con sus valores culturales²⁰.

Es un instrumento que le permite a la entidad estatal obtener la propiedad de un bien inmueble tutelado sin el consentimiento de su propietario.

La entidad pública expropiante, generalmente el municipio o comuna se vuelve el único propietario del inmueble expropiado y responsable de su conservación, preservación y mantenimiento, salvo que lo adquiera para otra entidad de derecho público, quien asume en tal circunstancias las obligaciones enunciadas.

La utilidad pública de un bien o un conjunto de bienes a expropiar deberá declararse a través de una Ordenanza o Ley Especial, que individualizará al bien sujeto expropiante y expropiado, pudiendo autorizar la enajenación o arriendo de los mismos, en cuyo caso, en el título de propiedad o en el contrato de locación deberá consignarse el carácter de bien preservado, no pudiendo los futuros propietarios o inquilinos alterar su morfología, comprometiéndose a su mantenimiento adecuado, bajo pena de

¹⁹ Derecho de tanteo o derecho de preferencia de compra por parte de la administración pública, pagando el precio convenido.

²⁰ La Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español (BOE, 29 de junio de 1985, insertada conforme a la corrección de errores del BOE de 11 de diciembre de 1985 – S.T.C. de 31 de enero de 1991, prevé también la expropiación por igual causa de inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los bienes afectados por la declaración de interés cultural o den lugar a riesgos para los mismos (artículo 37.3.)

ser pasible de sanciones de carácter pecuniarias en caso de incumplimiento.

D. Instrumentos Financiamiento

a. Fondos Especiales: De preservación Urbanística.

Mediante este instrumento de gestión urbana se financia la restauración de edificios, sitios, monumentos de real interés histórico, arquitectónico cultural o artísticos y la implementación de campañas de concientización comunitaria sobre la necesidad de la defensa del valor del patrimonio urbano cultural.

Estos fondos tienen una afectación específica para solventar una política de defensa del patrimonio urbano, procurando evitar la demolición de los bienes, degradación o mal uso de los mismos.

E. Instrumento de redistribución de costos y beneficios

a. Transferencia del derecho de construcción o de potencial constructivo

El objetivo de la transferencia del derecho a construir es el de liberar áreas donde el plan urbano o el instrumento de planificación reconocen cargas urbanísticas que pesan sobre inmuebles sometidos al régimen de patrimonio urbano cultural.

Para que estos instrumentos puedan ser implementados con eficacia deben definirse correctamente los parámetros territoriales-ambientales, la redefinición de indicadores urbanísticos de aprovechamiento y de ocupación de los lotes o parcelas y el estudio de las áreas donde es posible transferir tanto el suelo creado como los derechos de construcción.

Podemos definirlo como el derecho del propietario de un inmueble sobre el que pesa un interés público de preservación de utilizar sobre otro inmueble de su propiedad o vender de la diferencia del área preservada y el total del área a tribuida al terreno por coeficiente básico de acuerdo a la zona y siempre que el propietario participe en programas de preservación en colaboración o aprobados por la autoridad pública local.

El objetivo de este instrumento es compensar a los propietarios de inmuebles sujetos a preservación. El problema para su implementación es cuando no hay posibilidad de transferencia en zonas con mayoría de edificios de preservación (centros históricos) y los costes de mantenimiento de los inmuebles que no se hayan contemplado muchas veces suponen una alta carga para la propiedad²¹.

b. Transferencia de indicadores urbanísticos

Mediante este instrumento la autoridad local otorga al propietario de un inmueble afectado por ordenanza al régimen de protección y preservación del patrimonio arquitectónico a trasladar los índices que le corresponde a la parcela o lote donde el inmueble de su propiedad está ubicado, a otros inmueble de su propiedad o a la posibilidad de enajenar, mediante escritura pública, esos índices edilicios a otro propietario de otro bien ubicado en zona urbanizada, siempre que se viera imposibilitado de utilizar, total o parcialmente, esos índices edilicios en una obra nueva, de ampliación o de reforma.

Estas transferencia deben efectivizarse mediante la firma de un acuerdo o convenio entre el propietario del suelo y las autoridades municipales y solo pueden ser utilizados en las áreas habilitadas a tal fin por los planes especiales o particulares.

Como recaudo, una ordenanza especial dictada al efecto debe disponer la regulación de funcionamiento de este instrumento, el origen e integración de los recursos, la programación de su uso, administración, control y procedimiento parámetros de cálculo de los índices a trasladar o enajenar.

III. CONCLUSIONES

El interés legítimo a la preservación del patrimonio urbano cultural con el reconocimiento de la continuidad temporal de las acciones, tiene como objetivo promover el disfrute por parte de

²¹ TALLER ; ANTIK, ... op. cit., p. 187

la ciudadanía y garantiza la permanencia de aquellos como parte de la identidad de una ciudad.

Para garantizar la permanencia de los inmuebles tutelados, deben implementarse políticas de gestión urbana que desalienten procesos de sustitución edilicia en los sitios o áreas de la ciudad donde se encuentran los bienes de valor patrimonial; involucrar al sector privado, a través de desarrollo de convenios de esfuerzo compartido para llevar adelante procesos de rehabilitación patrimonial; otorgar subsidios efectivos, establecer un régimen de penalidades de aplicación a los propietarios que atenten contra la política de preservación de los inmuebles catalogados; implementar políticas activas de divulgación de las consecuencias provechosas del régimen de patrimonio urbano cultural y de salvaguarda de este patrimonio y de concientización de la necesidad de recomponer el sentido del disfrute de lo colectivo, compatibilizando las políticas de preservación con las políticas de ordenamiento urbanístico más generales y contemporáneas.

La decisión de qué bienes proteger para que integren el patrimonio cultural urbano de cada país, es atribución de sus autoridades públicas nacionales o locales, conforme la ubicación del bien, la distribución de competencias, y según la importancia especial que al mismo le asignó la comunidad, dependiendo no solo de conceptos teóricos propios de la época sino fundamentalmente de las posiciones ideológicas de los actores sociales intervinientes en la catalogación de aquellos.

En este sentido es importante entender el tema de la protección teniendo en consideración la organización territorial y las competencia asignadas en la Constitución Nacional al Estado nacional, a las provincias y a los municipios, resultando necesario contemplar no solo las competencias legislativas sobre el territorio y en materia urbanística, sino también analizar las competencias para la aprobación del planeamiento, su ejecución y control, y consecuentemente para la implementación de políticas de patrimonio urbano.

De una interpretación armónica de los artículos 41 y 123 de la Constitución Argentina, la Nación podrá establecer los

presupuestos o directrices generales y mínimas en la materia, sin vulnerar las jurisdicciones provinciales, y estás respetar las competencias de los municipios, según el contenido y alcance que le hayan dado a la autonomía asignada a aquellos en el orden institucional y financiero.

Ahora bien para que la protección al patrimonio urbano cultural sea eficaz, el ordenamiento jurídico nacional debería consagrar la función cultural de la propiedad, reglamentando la cláusula constitucional protectoria; la prevalencia del interés de la comunidad por sobre el interés de los propietarios o usuarios del bien inmueble declarado de protección patrimonial y un reparto equitativo de las cargas y beneficios²² derivados de la aplicación del régimen de patrimonio urbano cultural, con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

El reto para las autoridades locales es planear el desarrollo y crecimiento de las ciudades, contribuyendo a su progreso, respetando el perfil de ciudad heredada y teniendo en consideración que la existencia y vigencia de un régimen jurídico de protección al patrimonio urbano cultural por sí solo es ineficaz sino se acompaña con la puesta en marcha de instrumentos de participación ciudadana que permitan a los miembros de la comunidad a ser parte en la formación o toma de decisiones referentes a los temas de protección urbano cultural.

La autenticidad y la integridad de la ciudad histórica construida no puede ser puesta en peligro por la falta de políticas públicas urbanas y la voracidad económica de los desarrolladores y promotores urbanos, cuyas apetencias de crecimiento urbano deben ser subordinadas a los objetivos de preservación del patrimonio urbano cultural.

Los edificios históricos, contribuyen significativamente a dar valor a una ciudad y las intervenciones urbanísticas en el paisaje urbano histórico requieren un enfoque cultural e histórico con una perspectiva a largo plazo, por ello es necesaria la intervención de

²² Aplicación de los instrumentos de gestión de transferencia de derechos de construcción.

todos los sectores integrantes de la comunidad implicados: administración pública, políticos, urbanistas, arquitectos, conservacionistas, propietarios, inversores, ciudadanos, operadores del derecho; todos tienen algo que decir para mantener la autenticidad y la integridad de la ciudad y su memoria activa y a todos se los debe oír.

Por ello hago más las palabras de de Víctor Hugo, cuando expresa que:

“Hay dos cosas en un edificio, su uso y su belleza:
su uso pertenece al propietario;
su belleza, a todo el mundo.
Por eso, aquél no tiene derecho a su destrucción”

BIBLIOGRAFÍA

REESE, E., “Instrumentos de gestión urbana, fortalecimiento del rol del municipio y desarrollo con equidad”, *Curso de Gestión Urbana*, 09/19 de febrero de 2003. Lima, Perú.

TALLER, A.; ANTIK, A., *Curso de Derecho Urbanístico*, Rubinzal Culzoni Editores, Argentina, 2011.

CUARTA PARTE

**MODERNIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**NOVOS PARADIGMAS NAS
CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS:
A arbitragem e a nascente relação contratual
administrativa paritária.
Novos limites às prerrogativas públicas dos
contratos administrativos**

Vivian Lima López Valle

Professora de Direito Administrativo e Constitucional
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

**I. VIRAGEM PARADIGMATICA NO REGIME
JURIDICO ADMINISTRATIVO: A ALTERAÇÃO DO
MODELO DA AUTORIDADE PELO CONSENSO**

O tema posto em debate sugere a discussão sobre novos paradigmas nas contratações administrativas. Em primeiro lugar se busca então estabelecer os tradicionais alicerces do modelo negocial da Administração Pública Brasileira, especialmente fundados na lógica da autoridade e contrapô-los ao novo modelo que se apresenta, o de paridade e negociação.

O Regime Jurídico Administrativo Brasileiro está vivenciando uma viragem paradigmática, com proposta de alteração do modelo de autoridade pelo modelo de consenso negocial. O objetivo do presente ensaio é enfrentar essa discussão de modo a identificar hipótese de conciliação entre estes dois mundos em prol e benefício do interesse público.

As atuais discussões sobre o modelo contratual da Administração Pública estão todas estabelecidas dentro dessa viragem paradigmática do Regime Jurídico Administrativo. Consensualismo e negociação, com uma dialética entre Estado-Sociedade cada vez mais aberta à realização de acordos e de disposição de interesses. O problema é que nesse diálogo não se pode ignorar que é impossível abdicar da face impositiva da Administração Pública, especialmente considerando a sua

aplicação nas hipóteses de conflitos entre interesses públicos e privados e prevalência daqueles no caso concreto para a satisfação do bem comum e do bem estar coletivo.

No Estado Contemporâneo, a técnica contratual representa um dos meios utilizados pela Administração Pública para cumprir com suas inúmeras atribuições e deveres poderes e se identifica como instrumento de realização de interesses públicos.¹

Nesse contexto cabe destacar que tanto a face autoritária quanto a face consensual se inter-relacionam, complementando-se e ao mesmo tempo excluindo-se entre si.

A face consensual representa uma das faces da Administração Pública, mas não se pode olvidar que na ausência de consenso ou nas situações de vedação legal a Administração Pública deverá pautar-se pela unilateralidade para a preservação do interesse público.

Essa delimitação é que ainda está por ser enfrentada. A viragem paradigmática do Regime Jurídico Administrativo necessariamente deve ser interpretada conforme a Constituição e para a garantia do interesse público primário.

O desafio então é estabelecer os limites entre o consenso e o necessário unilateralismo para garantia do bem comum, tema que carece ainda de enfrentamento mais específico na doutrina nacional.

Sugere-se uma Administração Pública mais democrática, pautada mais pelo dever de ponderação de interesses do que pela supremacia do interesse público sobre o privado.

Não se pode olvidar neste ponto que já está consagrado na doutrina nacional e estabelecido no direito positivo brasileiro o dever de ponderação, onde se sustenta que não há sacrifício individual de direitos se não houver um interesse público, bastante

¹ SCHWANKA, C., *Administração Pública Consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. Dissertação de Mestrado apresentada à Unibrasil.

e suficiente, a justificar tal sacrifício, numa interpretação concretizadora da Constituição e dos direitos fundamentais, voltada à análise da razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.²

Propõe-se no presente ensaio analisar o instituto dos contratos administrativos, em especial a característica da autoridade representada nas prerrogativas públicas ante às transformações porque passa a Administração Pública contemporânea.

Numa perspectiva evolucionista da Administração Pública, muito se tem falado de uma administração pública paritária, não mais provida das mesmas condições de autoridade que sempre caracterizaram seu regime jurídico.

Esse novo modelo que se desenha ou que vem se desenhando desde a década de 90 do século passado impacta significativamente na doutrina dos contratos administrativos e na relação Estado-sociedade.

Cabe aqui o destaque da doutrina de Marçal Justen Filho, que defende um direito administrativo personalizado, entendendo que a Administração não é um valor em si mesmo e que o núcleo do direito administrativo não é o poder, mas a realização dos direitos fundamentais.³

A presença dos cidadãos no processo de tomada de decisão administrativa através da participação administrativa se apresenta como efeito da moderna concepção da relação Estado – Sociedade, com reciprocidade na coordenação entre os atores.⁴

² Essa positivação pode ser verificada na Lei de Processo Administrativo Federal, Lei n. 9784/99, que estabelece em seu artigo 2º, inciso VI: *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;*

³ JUSTEN FILHO, M., *Curso de Direito Administrativo*, p. 47.

⁴ OLIVEIRA, G. J. de, *Contrato de Gestão*, RT, São Paulo, 2008.

Essa nova relação Estado – Sociedade demanda a mudança paradigmática do Direito Público de forma a permitir uma nova forma de gestão pública, horizontalizada, flexibilizada, onde o processo de tomada de decisão e a decisão administrativa em si passam a ser resultado das negociações entre o Estado e a Sociedade Civil.

O pressuposto de atingimento dos fins do Estado passa agora pela cooperação mutua entre Estado e Sociedade, assim como essa cooperação passa a ser fundamento de legitimação democrática.

Desse novo modelo é que surge a necessidade de diálogo entre Estado Sociedade por meio de mecanismos ordenadores da participação democrática.

Nesse sentido Odete Medauar assinala que há um novo paradigma, onde se pretende a substituição da centralização e do monolitismo de centros de poder para um modelo de atuação por cooperação, com grande ênfase à consensualidade.⁵

A mesma autora ainda destaca que a perspectiva unidimensional marcada pela relação “Estado – Súdito”, onde o indivíduo é possuidor de direitos para com o Estado e não em frente ao Estado vem progressivamente sendo repensada para uma perspectiva bidimensional, marcada pela relação “Estado – Cidadão”, onde se estabelece direitos e deveres para o Estado e para o cidadão.

Nesse sentido Diogo de Figueiredo Neto também aponta que o Poder Público vai além de estimular condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, onde o consenso é a opção, em lugar da coerção. A esse novo modelo denomina de Estado de Juridicidade Plena.⁶

Em verdade se pretende uma nova interação entre o cidadão e a Administração Pública, um aperfeiçoamento do canal de diálogo e

⁵ MEDAUAR, O., *O Direito Administrativo em Evolução*.

⁶ MOREIRA NETO, D. de F., *Mutações do Direito Administrativo*, p. 37-48.

transações múltiplas das partes, de tal forma a propiciar maior estabilidade nas relações entre Estado e Sociedade e por fim a litígios que, em regra, arrastam-se por anos até o pronunciamento do Poder Judiciário.

Ao longo desse tempo não raro o atendimento do interesse público é postergado e a Administração Pública condenada a indenizar os danos causados ao particular por violação ao compromisso negocial assumido.

A lógica do consenso aparece como uma segunda via de legitimação para a atuação estatal, uma espécie de interpenetração do Estado com a Sociedade.⁷

A verdade é que se identifica que o consenso e a negociação passam entre Poder Público e particulares passam a assumir importante papel no processo de identificação de interesses públicos e privados pela Administração Pública, num ambiente onde esta não mais detém a exclusividade no estabelecimento do interesse público.⁸

Odete Medauar explica a situação identificando um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos, onde passa a ter relevo o consenso e a participação.⁹

Mas é importante destacar que para a preservação do interesse público, pela satisfação do bem comum a face imperativa do Estado não pode simplesmente desaparecer. Não se pode olvidar que a simples somatória de interesse individuais não resulta necessariamente em um interesse público e que a vinculação à dignidade da pessoa humana é determinante para a satisfação do bem estar coletivo.

⁷ MACHADO, J. B., *Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 46-108.

⁸ MEDAUAR, O., *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 211.

⁹ MEDAUAR, *O Direito ... op. cit.*, p. 211

O que muda é que a imperatividade não mais será o modo principal de atuação do Estado e a solução lógica para os conflitos de interesse. A imperatividade cede lugar ao consenso como alternativa viável à solução de conflitos.

De todo modo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável ao interesse público¹⁰.

O desafio então é estabelecer estas fronteiras.

Identificar o limite da imperatividade em face do consenso. Ou o limite do consenso em face da imperatividade. As situações onde a condição de potestade pública deve necessariamente ser invocada para a definição do interesse público no caso concreto.

Nesse ponto interessante a colocação de João Batista Machado, que defende que o consenso impede que as funções sociais do Estado se convertam em funções de dominação, numa reestruturação da economia¹¹.

Essa análise é bastante inovadora pois coloca o consenso no âmbito negocial administrativo como elemento reestruturador da democracia.

Ou seja, estabelece um novo fundamento de legitimação democrática, pautado na lógica da ponderação de interesses e da participação popular. Essa é a era da Administração Pública Negocial.

Nesse sentido Nuria Cunill Grau afirma que processos horizontais de articulação política podem influir nas decisões administrativas, refletindo a aglutinação da vontade pública.¹²

¹⁰ MOREIRA, *Mutações ... op. cit.*, p. 37-48.

¹¹ MACHADO, *Participação ... op. cit.*, p. 46-108.

¹² A Autora ainda destaca que essa aglutinação da vontade pública se apresenta como accountability da Administração Pública, revelando seu caráter multidimensional, com uma expressão tanto vertical quanto horizontal em tensão, mas complementares, quase uma relação

Essa Administração Pública Negocial tem alterado seu processo de tomada de decisão administrativa, que passa a ser plural, mais igualitário e mais democrático. Nesse ponto Gustavo Justino de Oliveira assinala que a decisão administrativa fica respaldada pela participação popular e terá maior eficácia e efetividade¹³.

Gustavo Justino de Oliveira parece acertadamente definir a questão, estabelecendo equilíbrio entre os dois mundos, o do consenso e o da autoridade. O autor afirma que a Administração Pública Consensual não estabelece a superação da Administração Pública Imperativa. Há uma nova mudança no eixo do Direito Administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade, mas permeado também pela lógica do consenso.¹⁴

A questão é que tradicionalmente o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado sempre ensejou uma posição de supremacia da Administração Pública, representada na verticalidade existente nas relações entre o particular e a administração, de modo a permitir a satisfação do interesse da coletividade.

No entanto, esse princípio sempre foi visto como uma regra abstrata de supremacia.

Significa dizer que a Administração Pública poderia restringir direito do particular justificando um abstrato e genérico interesse público, sem relacioná-lo com o caso concreto e sem efetuar a devida ponderação de valores.

recíproca. (GRAU, N. C., *Repensando o Público através da Sociedade: Novas Formas de Gestão Pública e Representação Social*, ENAP, Brasília, 1998, p. 272).

¹³ OLIVEIRA, G. J. de., “Participação Administrativa” (F. M. S. Osorio; M. J. Villela) em, *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lúmen JÚRIS, 2006, p. 401-427.

¹⁴ OLIVEIRA, G. J. de, “A arbitragem e as Parcerias Público Privadas” (Org. C. A. Sundfeld) em, *Parcerias Público Privadas*, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 569.

Atualmente a moderna doutrina juspublicista, amparada em autores como Humberto Bergmann Ávila, Paulo Ricardo Schier e Marçal Justen Filho redimensiona o princípio e o próprio conceito de interesse público.

Melhor explicado, o que se discute hoje é não mais um modelo onde a Administração Pública invoca um interesse público abstrato, não materializado no caso concreto e hipotético para justificar a utilização de suas prerrogativas e sim, um modelo pautado na ponderação de valores, na razoabilidade e na definição de um interesse público concreto, relacionado à situação fática e justificador de sacrifício individual somente na valoração no caso concreto e na exata medida do indispensável ao interesse público.

Ou seja, parte-se de um modelo de supremacia abstrata, onde não há níveis de ponderação nem relação com o caso concreto para um modelo de prevalência concreta, onde somente há sacrifício do particular se houver um interesse público bastante e suficiente, que justifique tal sacrifício.

É essa releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que abre as portas para a formação de uma Administração Pública consensual e paritária, onde a condição de autoridade cede lugar a um modelo de paridade nas relações contratuais.

II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARITÁRIA E OS NOVOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A ARBITRAGEM E OS NOVOS LIMITES ÀS PRERROGATIVAS PÚBLICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No âmbito da Administração Pública Consensual avança a tendência de contratualização da Administração Pública.

Essa paridade leva necessariamente a um recrudescimento das prerrogativas públicas nos contratos administrativos.

Nos contratos administrativos as prerrogativas públicas são chamadas de cláusulas exorbitantes exatamente porque exorbitam

do direito comum e concedem à Administração Pública uma posição privilegiada.

Essa relação é equilibrada com as sujeições administrativas, que no contrato administrativo se consubstanciam nas regras de preservação da equação econômica financeira do contrato.

Os novos limites às prerrogativas públicas passam necessariamente pela revisão desse modelo de autoridade, de cláusulas exorbitantes e de supremacia abstrata do interesse público e vai se apresentar com veemência em dois institutos muito discutidos atualmente em direito administrativo: as Parcerias Público Privadas e a Arbitragem.

A chamada Administração Pública paritária, consensual, vai pouco a pouco substituindo o modelo da autoridade, colocando a seu lado possibilidades de transação nunca antes admitidas.

De fato, na legislação brasileira visualiza-se uma tendência para a autorização da arbitragem em situações específicas, como por exemplo, nas telecomunicações e na exploração e produção de petróleo e gás natural.

Essa perspectiva evolucionista da Administração Pública, denominada de paritária, pretende discutir a viabilidade do juízo arbitral nos contratos administrativos.

Em outras palavras, o tema posto em debate relaciona-se com os novos limites às prerrogativas públicas nos contratos administrativos.

Para se delimitar adequadamente o debate, cabe aqui, ainda que rapidamente, uma digressão sobre a condição de autoridade da Administração Pública e o impacto dessa condição nos contratos administrativos, consubstanciado nas prerrogativas públicas, denominada, cláusulas exorbitantes.

Todo contrato administrativo é um ajuste entre a Administração Pública e um particular que possui características muito próprias:

a) É sinalagmatico e comutativo, com reciprocidade de direitos e obrigações;

- b) É um contrato de adesão, definido previamente pela Administração;
- c) Possui cláusulas que exorbitam do direito comum em favor da Administração Pública;
- d) Traz regras de equilíbrio econômico financeiro para proteger a equação econômica inicialmente estabelecida.

Essas cláusulas exorbitantes caracterizam o regime jurídico administrativo próprio da Administração Pública, calcado nos princípios da supremacia do interesse público e na indisponibilidade do interesse público.

A Administração Pública sempre se organizou sob esses pilares, impondo a sua condição de autoridade em face do particular sempre no intuito de proteger o interesse público.

Desse modo a Administração Pública pode modificar ou rescindir unilateralmente os contratos administrativos, fiscalizar sua execução, aplicar sanções administrativas, reter créditos e possui ainda restrição à aplicação da exceção do contrato não cumprido, regra das mais basilares na *pacta sunt servanda*.

É esse regime jurídico especial, que dota a Administração Pública de prerrogativas, de poder e autoridade em face do particular contratado que passa atualmente por uma profunda revisão.

Essa revisão ocorre baseada nas duas situações antes analisadas: uma releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a formação de um novo modelo de Administração Pública, consensual, paritária ao particular.

Essa nova forma de administrar prega a necessidade de reciprocidade de concessões entre a Administração Pública e os particulares, gerando acordos administrativos.

Busca-se uma negociação onde se almeja um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos.

Ou seja, substitui-se parcialmente o modelo da imposição pelo da negociação.

Com isso o espaço das prerrogativas nos contratos administrativos fica reduzido e cede lugar a uma nova contratualização.

A verticalização entre a Administração Pública e o particular nas relações contratualizadas é fortemente atenuada ou mesmo afastada.

É nesse cenário que vigora a necessidade de realização de parcerias, buscadas com a iniciativa privada para satisfazer demandas que o Poder Público sozinho não pode atender.

A partir desse contexto Gaspar Arino Ortiz alude a existência de um Estado contratual, onde a crescente utilização de instrumentos negociais firmados entre o Estado e as organizações privadas passa a prevalecer sobre antigas práticas que privilegiam a noção de autoridade e de imposição unilateral das decisões tomadas pelo Estado.

Esse novo Direito Administrativo é mais participativo, se utiliza menos da lógica da imposição e da unilateralidade e mais da lógica da negociação e da multilateralidade.

Isso acarreta uma nova visão das prerrogativas da Administração Pública nos contratos administrativos, afetando inclusive a sua característica de adesão, posto que seus parâmetros são negociados previamente e não mais impostos.

Certamente que esses fenômenos devem ser interpretados sob a égide do Regime Jurídico Administrativo e para a garantia do interesse público.

Reflexo desse modelo são os contratos de parceria público privada disciplinados no plano federal pela lei 11079/04.

É fato que as Parcerias Público Privadas inauguram uma nova figura empregada pelo setor público no campo negocial, a qual visa instituir e formalizar uma relação jurídica entre a Administração Pública e os particulares em bases normativas diversas da Lei de Licitações Públicas, a Lei n. 8666/93 e da Lei de Concessões, Lei n. 8987/95.

As Parcerias Público Privadas são parcerias entre autoridades públicas e empresas e investidores do setor privado com o objetivo de conceber, planificar, financiar, construir e operar projetos de infra-estrutura, inserindo-se num cenário de escassez de recursos orçamentários e de uma necessidade de projetos em áreas como transporte, saneamento, energia.

Assim, diversamente dos contratos disciplinados pela lei de licitações e pela lei de concessões, as cláusulas exorbitantes não estariam, a princípio, presentes de modo tão abundante nas Parcerias Público Privadas.

A grande característica é a ampliação das bases de negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros, sem o enfraquecimento do negócio jurídico.

As Parcerias Público Privadas trabalham com diretrizes baseadas nesse modelo de substituição das prerrogativas pelo consenso:

- Utilização de técnicas privadas na Gestão do Empreendimento;
- Maior proveito na aplicação dos recursos econômicos.

Nesse novo modelo, as cláusulas exorbitantes são substituídas por cláusulas que equilibrem a assunção dos riscos e a divisão dos lucros.

Nas Parcerias Público Privadas há uma relação muito mais horizontal entre o parceiro público e o privado, com direitos e obrigações recíprocos, diferentemente das relações verticais dos contratos tradicionais.

Sabino Cassese nesse sentido fala de novos paradigmas do Estado, com o fortalecimento da negociação na Administração Pública por via de acordos. Para ele *“interesses privados coincidentes com interesses públicos comunitários estão em conflito com outros interesses públicos, de natureza nacional não há distinção ou oposição pública-privada,*

*assim como não há uma superioridade do momento público sobre o privado.”*¹⁵. Para o autor há um avanço da consensualidade.

No entanto, esses limites das prerrogativas da Administração Pública no ambiente de uma Administração Consensual não podem soterrar o regime jurídico administrativo e caracterizar uma fuga para o direito privado da Administração Pública, como denominou Maria João Estorninho.

A crítica à fuga do direito público para o direito privado pela Administração Pública está na retirada de vinculações do regime jurídico público, as quais sempre condicionaram o exercício da função pública, como competência, forma de organização e atuação, controle e responsabilidade.

Para Maria João ESTORNINHO “*ao longo dos tempos a Administração Pública acabou muitas vezes por passar de uma fuga que se poderia dizer quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o direito privado (...) hoje existe o perigo de a Administração , através de uma fuga para o direito privado, se libertar das suas vinculações jurídico – públicas.*”¹⁶

Estas estratégias de gestão exigem imensa cautela, principalmente em se tratando da prestação de serviços públicos, vez que estes representam, para um grande número de pessoas, o acesso aos direitos fundamentais sociais.

A mesma autora ainda assinala que o contrato assume novo papel qualitativo, colocando-se como símbolo de um novo modelo de

¹⁵ CASSESE, S., “La Arena Publica: Nuevos Paradigmas para El Estado” (S. Casseesen, *La Crisis Del Estado*, Albeledo Perrot, Buenos Aires, p. 131.

¹⁶ ESTORNINHO, M^a J., *A Fuga para o Direito Privado*, Editora Almedina, Coimbra, 1996, p. 68.

JUAREZ FREITAS combate este estado de coisas: “*vê-se alastrada a pecaminosa tentação de sonegar ou de não conferir o devido reconhecimento às conquistas principiológicas do Direito Público, como se estas fossem, no seu conjunto, um mal, cuja obediência se assemelhasse ao pagamento de um tributo impagável. Ora, precisamos combater essa tendência clara de sonegação dos princípios do Direito Público.*” (“Regime dos Serviços Públicos e Proteção dos Consumidores”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, núm. 06, 2001, abr/jun, p. 30).

relação autoridade – liberdade, especialmente ao substituir os meios de atuação unilateral da Administração Pública.¹⁷

O regime de direito público deve manter-se em seu núcleo fundamental e deve ser compatibilizado com esse novo modelo.

A nova contratualização administrativa se coaduna com o Estado de Investimento Social de GIDDENS. Para este, a crise do Estado de bem estar social propõe um nova forma de organização da economia, chamada de economia mista. Busca-se sinergia entre os setores público e privado, com equilíbrio entre regulação e desregulação.¹⁸

Segundo Gustavo Justino de Oliveira¹⁹, essa nova contratualização passa por um processo que compreende:

- a) privilégio da cultura do diálogo entre parceiro público e privado;
- b) maior atenção à negociações preliminares;
- c) troca de concessões mutuas;
- d) redução da imposição unilateral e proporcional aumento da interação entre os parceiros
- e) maior interdependência entre as prestações do parceiro público e do parceiro privado.

A dificuldade do consensualismo é que para muitos o vínculo contratual colocaria a Administração Pública em subordinação a interesses particulares.

No Brasil essa discussão já se apresenta no Código Civil de 2002. Alice Gonzáles Borges assinala que o Código Civil reflete as

¹⁷ A autora defende que a Administração Pública em vez de impor um ato, acorda com os destinatários a solução para o problema administrativo. O ato administrativo perde a posição de protagonista nas relações Estado – Cidadão. (ESTORNINHO, M^a J., *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, reimp., Almedina, Coimbra, 2003, p. 64.)

¹⁸ OLIVEIRA, *A Arbitragem* ... op. cit., p. 569.

¹⁹ Idem.

tendências contraditórias da atualidade, com a interpenetração do público e do privado, com adoção de novas tipologias contratuais, onde as novas regras aproximam a concepção contratual de 2002 com as peculiaridades do contrato administrativo.²⁰

A pergunta que se coloca é: até que ponto as cláusulas exorbitantes permanecem como eixo estruturante da relação contratual administrativa?

Romeu Felipe Bacellar Filho sobre o assunto afirma que o contrato é categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público com exclusividade, o que permitira a interpenetração do público com o privado.²¹

Há necessidade de melhoria nas relações jurídicas contratuais costumeiras no âmbito da Administração Pública, de modo a promover o desenvolvimento do país e a melhoria dos serviços públicos de infra – estrutura. Isso se dará pelos novos balizamentos contratuais.

Nesse modelo a via arbitral também aparece e imprime ainda mais uma conotação negocial à Administração Pública.

Gustavo Justino de Oliveira analisa a arbitragem nos contratos administrativos e aponta que o vetor de paridade das relações contratuais é a tônica da nova contratualização administrativa, estabelecendo-se paridade na fase pré – negocial e na formação dos contratos, além da execução e extinção, como nas parcerias público privadas.

A arbitragem é direito e instrumento geral de resolução de conflitos. Sua natureza é jurisdicional e não contratual. O acordo é apenas o pressuposto para o acesso ao exercício pelos particulares de uma função jurisdicional cuja origem o transcende. Nada impede que a arbitragem seja estabelecida na via negocial

²⁰ BORGEZ, A. G., *Reflexos do Código Civil nos Contratos Administrativos*.

²¹ BACELLAR FILHO, R. F., *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*, p. 183.

administrativa. No Brasil essa realidade já se impõe através da Lei 11079/04, a Lei das Parcerias Público Privadas.²²

O ordenamento jurídico brasileiro avança na arbitralidade no âmbito das relações jurídico administrativas e não apenas para o caso de situações disponíveis, embora sem consagrar uma clausula geral de competência dos tribunais arbitrais em matéria administrativa.

Essa nova contratualização administrativa ainda está em formação e sinaliza para uma paridade maior entre a Administração Pública e o particular.

Não se pode perder de vista que é a vinculação direta e imediata ao interesse público que caracteriza um contrato administrativo e essa característica não pode ser afetada por essa conotação negocial atualmente proposta à Administração Pública.

O objetivo final de satisfação do interesse público e de boa fé no trato da *res publica*.

Se é fato que uma das linhas de transformação do Direito Administrativo é a abertura no campo estatal da imperatividade, para consideráveis espaços de consensualidade, também deve ser destacado a necessidade de preservação do regime juspublicístico nos contratos administrativos, para a proteção dos interesses públicos.

Assim, se há um incremento quantitativo e qualitativo da atividade negocial Administração Pública -particular, com abrandamento do primado da autoridade, deve haver um incremento do primado do interesse público e dos Direitos Fundamentais e das bases da regulação e controle do modelo que ora se coloca.

O grande desafio é compatibilizar o consenso, a paridade, a negociação, com os Direitos Fundamentais, a necessidade da Administração Pública assegurar sua condição de potestade para poder resguardar os interesses públicos envolvidos.

²² CABRAL DE MONCADA, L., *A arbitragem no Direito Administrativa, Uma Justiça Alternativa*.

A filtragem dos poderes unilaterais da Administração Pública deve acontecer, mas deve ser na medida adequada de modo a deixar intacta a condição da Administração Pública de exercício de poderes unilaterais para a proteção do interesse público.

E é evidente a necessidade de estabelecimento de um novo marco regulatório capaz de atender as necessidades dessa Administração Pública Consensual, especialmente para garantir a satisfação dos interesses públicos primários.

A vinculação direta e imediata ao interesse público é o elemento qualificador do contrato administrativo. O declínio de soluções imperativas deve ser norteado pelo atendimento do interesse público e por uma interpretação conforme a Constituição. O Estado Regulador de serviços públicos deverá dar conta dessa nova realidade jurídica.

O Estado do futuro já tem suas bases lançadas. Resta agora estabelecer alicerces que sustentem o interesse público e permitam a ampliação democrática do processo de tomada de decisão administrativa, sem se olvidar na necessária estruturação de um sistema regulatório eficiente sobre as relações negociais administrativas, capaz de identificar as fronteiras entre o consensualismo e a imperatividade e garantir o bem estar coletivo.

BIBLIOGRAFÍA

BACELLAR FILHO, R. F., *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*.

BORGEZ, A. G., *Reflexos do Código Civil nos Contratos Administrativos*.

CABRAL DE MONCADA, L., *A arbitragem no Direito Administrativa, Uma Justiça Alternativa*.

CASSESE, S., "La Arena Publica: Nuevos Paradigmas para El Estado" (S. Cassese) en, *La Crisis Del Estado*, Albeledo Perrot, Buenos Aires.

ESTORNINHO, M^a J., *A Fuga para o Direito Privado*, Editora Almedina, Coimbra, 1996.

- *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, reimp., Almedina, Coimbra, 2003.

GRAU, N. C., *Repensando o Público através da Sociedade: Novas Formas de Gestão Pública e Representação Social*, ENAP, Brasília, 1998.

JUAREZ FREITAS, “Regime dos Serviços Públicos e Proteção dos Consumidores”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, núm. 06, 2001, abr/jun.

JUSTEN FILHO, M., *Curso de Direito Administrativo*.

MACHADO, J. B., *Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*, Almedina, Coimbra, 1982.

MEDAUAR, O., *O Direito Administrativo em Evolução*.

MOREIRA NETO, D. de F., *Mutações do Direito Administrativo*.

OLIVEIRA, G. J. de, “A arbitragem e as Parcerias Público Privadas” (Org. C. A. Sundfeld) em, *Parcerias Público Privadas*, Malheiros, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, G. J. de, *Contrato de Gestão*, RT, São Paulo, 2008.

- “Participação Administrativa” (F. M. S. Osorio; M. J. Villela) em, *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lúmen JÚRIS, 2006.

SCHWANKA, C., *Administração Pública Consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos. Dissertação de Mestrado apresentada à Unibrasil*.

EL RECURSO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EJERCIDO POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES¹

Manuela Mora Ruiz

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva

I. LAS COORDENADAS ACTUALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LIBRE CONCURRENCIA, PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA Y SU GARANTÍA PROCESAL

La Parte General del Derecho Administrativo no se comprende sin integrar en la misma el estudio y régimen jurídico de los contratos de las Administraciones Públicas y del actual Sector Público, entendido éste como categoría más amplia y comprensiva de la multiplicidad de entes, entidades y organismos que, aun mínimamente, tienen una vinculación con las primeras y que, por tanto, precisan de un régimen específico cuando la realización de su actividad se externaliza a través de la contratación de sujetos privados².

¹ Este Trabajo se realiza en el marco del Proyecto del Estado DER2010-16543, sobre *Procedimiento administrativo: Simplificación, eficacia y garantía de los ciudadanos*.

² En este sentido, téngase en cuenta GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 7ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 646 y 647. Los autores insertan los contratos de las Administraciones públicas en la acción multilateral de las Administraciones, pero no en el sentido de la mera concurrencia de voluntades de éstas y los particulares, sino en el del concierto y coincidencia de las mismas en un momento dado. Por su parte, MEILÁN GIL, J. L., en su caracterización histórica de los contratos Públicos, pone de manifiesto que los mismos se configuran como un

Además, la contratación pública viene siendo un elemento dinamizador de la economía de gran importancia, en el sentido de que se han invertido considerables sumas de dinero para que la Administración pudiera contratar con las empresas y que éstas asumieran la realización de las prestaciones correspondientes³.

Desde esta perspectiva, la actividad contractual se configura como un medio cualificado del que dispone la Administración para la satisfacción de los intereses generales y de ahí que el punto de partida de este Trabajo sea, como ya hemos señalado, que los contratos de las Administraciones son una parte esencial del Derecho Administrativo, en constante evolución.

En este sentido, la regulación de los contratos de las Administraciones Públicas en nuestro Derecho ha girado en torno a la garantía del contratista frente a las exorbitancias de que se han valido las mismas para asegurar el cumplimiento de la prestación.

punto de encuentro entre el Estado y la Sociedad, cuando el primero no puede imponerse a la segunda, en *La estructura de los contratos públicos*, Ed. Istel, Madrid, 2008, p.57.

³ En este sentido, el Informe del Banco Mundial de junio de 1997 “Sobre el papel del Estado en un mundo de cambio” es expresivo de la significación de la intervención de los poderes públicos en la economía, y no siempre con carácter limitador: “aunque históricamente (el Estado) haya podido actuar como aparato de dominación y represión, es también un factor irrenunciable de desarrollo, y el mercado no funciona sin su efecto catalizador”. Al respecto, véase RIVERO ORTEGA, R., *Introducción al Derecho Administrativo Económico*, 2ª ed., Ratio Legis, Salamanca, 2001, p.24. Por otro lado, algunos autores han asociado el incremento de la contratación pública a los movimientos de desregulación y reducción de la intervención pública, en tanto en cuanto las Administraciones relegan a un segundo plano la prestación de actividades con sus propios medios, siendo la contratación un medio para lograr fines de relevancia social y económica: véase GIMENO FELIÚ, J. Mª, “Directiva de Servicios y contratación pública”, (Ed. Moreu Carbonell) en, *El impacto de la Directiva Bolkestein y la Reforma de los Servicios en el Derecho Administrativo*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XII, Gobierno de Aragón, 2010, pp.429 y 430.

Sin embargo, en la actualidad, ello viene siendo objeto de revisión, fundamentalmente por efecto del Derecho Europeo de la Unión, en cuya virtud la contratación pública se encuentra orientada hacia la necesidad de realizar los principios de libre concurrencia, publicidad y transparencia en las licitaciones y adjudicaciones de contratos, de forma que cualquier desviación al respecto constituye un supuesto especial o excepcional⁴. Por tanto, la regulación de la contratación pública, ampliada, como se ha dicho, a todo el sector público, ha evolucionado hacia una orientación protectora de quienes participan o tienen opciones de participar en los procedimientos de contratación, a la vez que ello constituye una garantía de la eficacia de la actuación administrativa y su acierto, y del destino final que se da a los fondos públicos. En este contexto, el Derecho Europeo de la Unión encuentra en la regulación de la contratación pública una garantía de las libertades comunitarias económicas que contribuyen al Mercado interior⁵, dando lugar a todo un sector de “Derecho Administrativo común”⁶ que, necesariamente, ha de tener proyección en los Ordenamientos nacionales.

Sobre la base de estas consideraciones, el régimen jurídico del recurso especial en materia de contratación, en tanto que objeto de este Trabajo, ha de considerarse como una manifestación clara

⁴ Sobre la importancia de la importancia de la contratación pública para la realización del mercado interior, véase MEILÁN, *La estructura ... op.cit.* pp.93, 94.

⁵ A juicio de MEILÁN GIL, la regulación comunitaria de contratos es un ejemplos de armonización normativa de carácter supraestatal, que se encuentra en el camino de una corriente mayor cual es la globalización del Derecho, en cuya virtud debe plantearse en qué medida pueden aprovecharse los principios y regulaciones existentes en los distintos Ordenamientos: Véase MEILÁN GIL, J. L., *Una aproximación al Derecho Administrativo global*, Global Law Press, Sevilla, 2011, p. 132.

⁶ Esta es la consideración que hace GIMENO FELIÚ, J.M^a, “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP: Luces y sombras”, *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008, mayo-agosto, p.10, en relación con la importancia y significado de las Directivas sobre contratos del sector público.

de la aludida orientación garantista de la legislación de contratos, situándonos en una dirección diversa a la que había caracterizado el Derecho de los contratos en nuestro País. Baste pensar, así, en la relevancia de los principios de libre concurrencia y publicidad e igualdad como ordenadores de la regulación contenida en Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁷, en los términos del art. 1, párrafo 1 de la norma, en cuya virtud el objeto de la norma es “garantizar que (la contratación pública) se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

En este sentido, el Derecho español de contratos del Sector Público debe ser proyección directa del Derecho Europeo, y, en particular, la regulación actual del recurso especial en materia de contratación, junto a la regulación del régimen de invalidez de los contratos del sector público parece cerrar el *proceso de convergencia* de nuestro Derecho con la ordenación comunitaria, incorporando de forma definitiva las garantías procedimentales que ya se habían impuesto en el nivel de Directivas y respecto de las cuales nuestro Derecho era claramente deficitario⁸.

⁷ BOE núm. 276, de 16 de noviembre; rect. BO núm. 29, de 3 de febrero.

⁸ Así lo pone de manifiesto el Preámbulo de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación de la normativa comunitaria de las dos primeras (BOE núm. 192, de 9 de agosto).

Así, entre las razones justificadoras del Real Decreto-Legislativo, se encuentra la integración de la última reforma parcial efectuada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto⁹, en materia de recursos e impugnaciones de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos, y que constituye la justificación fundamental de este Trabajo, dada la novedad de la última regulación del recurso especial en materia de contratación en el Derecho español, en clara contraposición con la regulación comunitaria¹⁰. En nuestra opinión, esta última reforma, sigue cuestionando la concepción misma de las vías de impugnación de determinados actos de los procedimientos contractuales, incluida la fase de preparación, como garantías de los interesados y no como manifestación de la autotutela de la Administración, ante la necesidad de asegurar los principios de libertad y concurrencia. En este sentido, no puede perderse de vista que tales principios permiten la realización del interés general, en la medida en que la Administración tiene la posibilidad de seleccionar al contratista de entre una pluralidad de propuestas, permitiéndole elegir la más satisfactoria desde la consideración de dicho interés; y, a la vez, es posible la realización del interés de los contratistas-empresarios, que concurren en condiciones de igualdad.

En consecuencia, el estudio y la consideración del régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación, vinculado, en gran medida, al régimen de invalidez de los contratos, constituye un aspecto de máxima importancia de las que, en el fondo, no son sino las garantías procedimentales de los referidos principios de libre concurrencia y transparencia e igualdad que rigen el Derecho Europeo de los Contratos, en un momento fundamental como el que representan las fases de preparación y

⁹ Además de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de defensa y seguridad (BOE núm. 184, de 2 de agosto).

¹⁰ Directivas 89/66/CEE y 92/13/CEE y, finalmente, en la Directiva 2007/66/CE, en cuya virtud parecen ampliarse las garantías de revisión de los actos producidos en los procedimientos de adjudicación de los contratos.

adjudicación de los contratos previas a la formalización del mismo.

La regulación de los actuales artículos 40 a 49 TRLCSP respecto del recurso especial en materia de contratación nos sitúa frente a una regulación compleja, que precisa una labor de integración e interpretación de numerosos preceptos de la Ley, especialmente por lo que toca al ámbito material de aplicación del recurso y a la propia tramitación del recurso. No obstante, el recurso tiene la indudable ventaja de adelantar y admitir la posibilidad de que candidatos y licitadores y otros interesados puedan reaccionar frente a las infracciones del Ordenamiento que se produzcan en la conformación del expediente de contratación y a lo largo de la tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato, pues es posible la impugnación de actos diferentes al de la propia adjudicación de los contratos, en un plazo sumarisimo de 5 días hábiles para la resolución desde la presentación de alegaciones o, en su caso, la práctica de la prueba (art.47.1). La libre concurrencia encuentra, así, una vía expedita para su garantía, configurándose el régimen jurídico de una tutela de carácter precontractual que se ha incorporado a nuestro Ordenamiento con grandes dificultades¹¹,

¹¹ Algunos autores han cuestionado, así, la necesidad de introducir este nuevo recurso o la regulación de las medidas provisionales en la contratación, por entender que el sistema general de recursos administrativos y contencioso-administrativos podían resultar suficientes, con las reformas oportunas: Véase, entre otros, PIÑAR MAÑAS, J. L., “El Derecho Comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos” (Dir. R. Gómez-Ferrer Morant) en, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 66 y 67, en relación con la novedad y aplicación práctica del art. 60 *bis* Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre medidas provisionales, introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Por su parte, en relación con la introducción de la diferenciación entre adjudicación provisional de los contratos y la definitiva, para aquellos contratos que se sujetan al recurso potestativo especial en materia de contratación del art. 310 LCSP, a fin de prever un plazo suspensivo de la formalización del contrato, en los términos introducidos por la Ley 34/2010, de 5 de

en clara contraposición con las vías previstas por el Ordenamiento para la tutela del contratista a partir del momento de formalización del contrato en cuestión y su correspondiente ejecución.

A la vista de lo anterior, este Trabajo pretende, en primer lugar, el análisis del régimen del recurso especial en materia de contratación, pero desde una perspectiva práctica y crítica, a partir de la cual se valore, por un lado, el significado del recurso para la Administración, (que puede ver suspendido el procedimiento de adjudicación incluso con anterioridad a la presentación del recurso o que, en contraposición, puede decidir continuar la tramitación y adjudicación del contrato, para evitar perjuicios mayores), y para los licitadores e interesados legitimados para la interposición del recurso, que, de acudir al mismo, pueden ver limitado el recurso a otras vías de impugnación.

Junto a ello, y en un segundo momento, a partir del pleno convencimiento de la trascendencia de este tipo de garantías para la libre competencia y para la actuación eficaz de la Administración, hemos de considerar que la regulación actual del recurso plantea una multiplicidad de aspectos contradictorios o sin concluir, entre los que destaca, junto a la propia operatividad material del recurso (esto es, los contratos y actos objeto del mismo), la determinación de un órgano especialísimo para su resolución y el contenido y efectos de la resolución, así como la posibilidad de que dicho órgano especialísimo pueda fiscalizar el juicio discrecional del órgano de contratación en una multiplicidad de actos en los momentos de preparación y adjudicación de los contratos que constituyen el objeto del recurso. La cuestión no es en absoluto baladí, puesto que, en función de la intensidad de tal fiscalización (si de mera revisión o, incluso, de sustitución de la decisión administrativa del órgano de contratación), el recurso

agosto, y la “innecesariedad” de la reforma, véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria de «recursos»”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011, mayo-agosto, pp.332 a 335.

especial en materia de contratación estaría en el origen de una fórmula diversa de control de la actuación de los órganos de contratación a la que puede efectuarse a través de los recursos administrativos ordinarios y, en su caso, a través de la revisión jurisdiccional. En este último sentido, la revisión contencioso-administrativa del recurso no es satisfactoria, y ello propicia la reflexión sobre el modelo de tutela que los Tribunales administrativos de contratación han de representar. En nuestra opinión, debe insistirse en la relación entre la contratación pública como sector clave del Derecho Administrativo, y grandes temas del mismo, como el que representa la discrecionalidad administrativa generalmente considerada, y la discrecionalidad técnica, en particular, en la medida en que el ámbito de la contratación de las Administraciones constituye un espacio complejo de discrecionalidad. A ello dedicaremos los siguientes epígrafes.

II. EL RECURSO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN COMO FÓRMULA ESPECÍFICA DE TUTELA PRECONTRACTUAL: CARACTERES GENERALES

1. La regulación actual del recurso especial de contratación como punto de llegada de la evolución del Derecho Administrativo español de los contratos.

La legislación española de contratos no ha sido ajena a las exigencias de publicidad, licitación o concurrencia e igualdad¹²

¹² En este sentido, ya la Ley de Contratos del Estado de 1965, (Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobaba el Texto articulado de la Ley de contratos del Estado, *BOE* núm. 97, de 23 de abril), contemplaba la garantía de estos principios. Desde esta perspectiva, como señala COSCULLUELA, el afán de la Ley del 65 estaba en el hecho de que los empresarios tuvieran idéntico derecho a la adjudicación de los contratos y que la Administración garantizara, a través de la selección del contratista, la adjudicación a la mejor proposición, promoviendo, así, “la más amplia concurrencia de ofertas empresariales”: el art. 8 Ley establecía, así, que “los contratos a que se refiere esta Ley se celebrarán, salvo las excepciones que se establece, bajo los principios de publicidad y concurrencia...”. Al respecto, véase COSCULLUELA MONTANER,

propias del Derecho Europeo, si bien ello se ha reflejado, fundamentalmente, en la regulación de los procedimientos de adjudicación y, en algunos extremos esenciales, para no incurrir en discriminación, de la llamada fase de preparación de los contratos, de forma que la garantía de los aludidos principios no ha sido objeto de consideración específica desde la perspectiva de la impugnación de las decisiones de las Administraciones u otras entidades contratantes hasta la introducción en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹³ (en adelante, TRLCAP) del art. 60 *bis* sobre medidas provisionales en la contratación¹⁴, en la idea de que el sistema general de recursos administrativos contra actos definitivos o de trámites con las condiciones del art. 107.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAPC) y los recursos contencioso-administrativos correspondientes proporcionaban suficiente garantía al licitador que no resultaba adjudicatario para la defensa de sus intereses¹⁵.

Por tanto, puede afirmarse que el Derecho español de contratación convergía (y converge) con el Derecho de la Unión en cuanto a sus base principalista, pero, durante bastante tiempo,

L., *Manual de Derecho Administrativo*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 388. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, *Curso de ...op.cit.* p. 679, ponen de manifiesto una cierta historicidad de los principios considerados en nuestro Derecho, al referirse al Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852, en el que, junto a la preocupación por los aspectos financieros y de control del gasto del contrato, se quiere “asegurar la libertad de concurrencia”, entendida como una manifestación concreta del principio de igualdad ante la Ley.

¹³ Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 148, de 21 de junio).

¹⁴ El artículo fue introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

¹⁵ *Vid.* PIÑAR MAÑAS, “El Derecho Comunitario ... *op.cit.*, p. 44.

tal fundamentación no ha tenido efectos desde la perspectiva de la tutela efectiva de los interesados, en el sentido de carecer del modelo de tutela precontractual exigido desde la Comunidad Europea ya en la Directiva 89/665/CEE; antes al contrario, la necesidad de adelantar las vías de impugnación de los actos dictados por las Administraciones (o las entidades contratantes) en las fases de preparación y adjudicación de los contratos no ha sido objeto de regulación específica hasta que no se produjo la condena del Reino de España en varias ocasiones y de forma contundente, lo cual ha dado lugar a una de las características constante de la legislación española en materia de contratos, cual es la ausencia de una regulación definitiva y completa de este ámbito, en pro de un modelo normativo de modificaciones parciales y “parches” que restan estabilidad y seguridad jurídica al sector y, que, por el contrario, lo nutren de una complejidad poco deseable para el operador económico y las propias entidades contratantes.

En la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones (en adelante, LCAP) y también en el TRLCAP, los principios aludidos se reflejaban, en primer lugar, en la diferenciación entre las fases de preparación y adjudicación de los contratos¹⁶ y, en segundo término, pero estrechamente ligada a esta primera diferenciación, en la distinción de los actos separables de los llamados contratos privados de las Administraciones¹⁷, cuya

¹⁶ La identificación de estas fases implica, a juicio de SÁNCHEZ MORÓN, en relación con la transposición de las Directivas sobre contratación pública, una garantía de la igualdad y la concurrencia, así como de legalidad del contrato, por lo que toca a la justificación de la vinculación del mismo a la satisfacción del interés general, y al control del gasto público: Véase SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, pp. 581 y 582. Para este autor, el expediente de contratación cumple varias funciones, a saber: justifica la necesidad del contrato, permite la definición del contenido del mismo, materializa la habilitación del gasto, y su aprobación concluye la fase preparatoria, para dar paso a la apertura del procedimiento de adjudicación en sentido estricto.

¹⁷ Arts. 5 y 7 en relación con el art. 9.

naturaleza les hacía someterse al Derecho Administrativo y, por tanto, a la correspondiente fiscalización por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dado que estamos ante cuestiones consideradas de orden público, “no derogables por la voluntad de los contratantes”¹⁸. Sin embargo, la norma era deficitaria desde la perspectiva del Derecho Europeo, por no contemplar ninguna medida específica para reaccionar en la fase de preparación y adjudicación de los contratos¹⁹.

La STJCE de 15 de mayo de 2003 resultó demoledora para la legislación española, puesto que declaró abiertamente la insuficiencia del sistema de recursos previstos sobre todo en relación con la Ley 30/1992, y, además, contribuyó a poner de manifiesto que esta legislación no se correspondía con la Directiva 89/665/CE en lo referente a las medidas provisionales en un momento precontractual, previo, por tanto a la formalización y subsiguiente ejecución del contratos²⁰. La conclusión no podía ser otra que la necesidad de reforma del TRLCAP, a fin de introducir en nuestro Derecho un sistema eficaz de recursos con posibilidad de adoptar medidas cautelares que no llevaran a la situación contradictoria de una resolución estimatoria del recurso frente al acto de adjudicación, sobre la base de la vulneración de la publicidad, concurrencia e igualdad, en un momento posterior a la

¹⁸ *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA ; FERNÁNDEZ,...*ibidem*, p.674, refiriéndose al Dictamen del Consejo de Estado de 3 de abril de 1970.

¹⁹ Para una descripción general del sistema de recursos, véase BAÑO LEÓN, J.Mª, “El contencioso precontractual: insuficiencias de la tutela jurisdiccional” (Dir. Gómez-Ferrer Morant) *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 339, 340.

²⁰ Téngase en cuenta, J.A., MORENO MOLINA, “Reciente evolución del Derecho Comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000, Comisión contra España”, en J. Mª GIMENO FELIÚ (Coord.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004, pp. 23 y ss.

efectiva ejecución del contrato²¹. *Prima facie*, la solución aportada por el legislador fue una reforma puntual del TRLCAP, y la introducción de un novedoso art. 60 *bis*, a partir del cual es posible la adopción de medidas cautelares *ad hoc* en paralelo con la presentación de un recurso ante las infracciones cometidas en el proceso de adjudicación de los contratos contra el Derecho Comunitario o las normas nacionales de transposición de las Directivas sobre contratos²².

Esta parece ser, sin embargo, la orientación de los arts. 37 y 38 Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), en su redacción original, que, sin embargo, ha justificado una nueva reforma de esta Ley mediante la incorporación del recurso especial en materia de contratación de los arts. 40 y ss TRLCSP y la previsión de un órgano independiente y cualificado para la resolución de este recurso.

En todo caso, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 puede considerarse la culminación de los cambios normativos operados en el Derecho español de la contratación, al amparo de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de Coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, operando una transformación fundamental en el criterio de aplicación de la norma, que no reside

²¹ Sobre la insuficiencia del contencioso respecto de la fase preparatoria y de la fase de adjudicación, téngase en cuenta J.M^a BAÑO LEÓN, “El contencioso precontractual: insuficiencias de la tutela jurisdiccional”...*op.cit.* pp. 347, 348.

²² Desde esta perspectiva, el art. 60 *bis* debía valorarse en positivo, al permitir la introducción de “un procedimiento de protección cautelar tanto suspensiva como de carácter positiva”, ampliar la legitimación activa en la petición de estas medidas y articular, en principio, una petición autónoma respecto de la impugnación de las decisiones de las Administraciones y otras entidades contratantes. En este sentido, hay que reconocer en este precepto un claro antecedente de una parte fundamental del recurso especial de contratación, puesto que consigue, aunque de forma limitada, institucionalizar las medidas provisionales *ad hoc* en la legislación de contratos española

en el elemento objetivo, esto es, el contrato, sino en el subjetivo, de forma que la identificación del sujeto como sector público, poder adjudicador o Administración Pública tiene consecuencias directas en el régimen jurídico de los contratos que realicen y su sujeción a los principios de la contratación pública, a pesar de la naturaleza privada de la entidad contratante²³.

En este contexto, el concepto de “poder adjudicador” reconduce a las normas del Derecho Público la contratación de determinadas entidades²⁴, por encima o al margen de cuál sea su naturaleza jurídica, favoreciéndose la aplicación de las reglas y procedimientos de la contratación pública en función de un criterio funcional en cuya virtud el dato relevante de la entidad es la orientación del mismo a la satisfacción del interés general y la vinculación y/o subordinación de la misma a la Administración u otra entidad de naturaleza pública, sea por la vía de la supervisión, del control financiero o de la gestión de la entidad²⁵. Junto a ello, y

²³ La norma identificaba, así, tres círculos concéntricos en cuanto a los sujetos involucrados en la contratación pública, resultando el más estrecho el de las Administraciones Públicas, en los términos previstos por el art. 3.2, , a los que se añaden las entidades consideradas poder adjudicador (art. 3.3) y Sector Público (art. 3.1).

²⁴ Se consigue, así, una cierta homogeneización en la aplicación normativa de las Directivas Comunitarias, en consonancia con los criterios subjetivos-funcionales establecidos por el TJUE: Al respecto, véase Para una valoración del Dictamen, véase GIMENO FELIÚ, “El nuevo ... *op.cit.*, p.21.

²⁵ El art. 3.3 LCSP identifica como poder adjudicador a las Administraciones Públicas (letra a), y en los términos del apartado 2 del precepto) así como a “todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios que este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”. Finalmente, el precepto considera que también son poder adjudicador “las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades

en relación con el objeto de este Trabajo, poder adjudicador es el sujeto contratante en los supuestos de contratos armonizados.

Por su parte, estos contratos son los que enumera el art. 13.1 LCSP, que, junto a los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, y los contratos subvencionados por poder adjudicador en los términos del art. 17, establece como criterio diferenciador de este tipo de contratos la cuantía de los mismos, lo cual justifica que se refuercen las garantías de publicidad²⁶, concurrencia e igualdad, el sentido de que las cantidades invertidas en este tipo de contratos justifican la imposición de obligaciones específicas, a fin de hacer posible la realización del mercado europeo de la contratación.

Así, parece lógico que estos contratos se sometan a obligaciones cualificadas en la preparación y adjudicación de los mismos, y que, dada la vinculación de estas fases a los principios comunitarios de la contratación, se disponga para dichos contratos de un procedimiento específico de tutela precontractual que procure dar satisfacción a la Directiva 89/665/CE. Sin embargo, este planteamiento no satisface a la mayoría de la doctrina, en la medida en que permite la diferenciación entre estos contratos, por razón de un criterio artificial cual es el umbral económico del contrato (excepción hecha de los contratos de colaboración público-privada y los contratos subvencionados), y la mayoría de contratos que realizan tanto las Administraciones Públicas, como otras entidades, que quedan al margen del aludido recurso²⁷. El

mencionados en las letras anteriores”. Sobre las aportaciones jurisprudenciales para la delimitación del concepto, GIMENO FELIÚ, “El nuevo ... *op.cit.*, pp. 22 y ss.

²⁶ Sobre la especialidad del régimen de publicidad de estos contratos, véase CANALES GIL, A., “Artículo 13 (Dir. L. Parejo Alfonso/ A. Palomar Olmeda), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, p.134.

²⁷ A modo de ejemplo, el art. 14.1 dispone que “están sujetos a contratación armonizada los contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.150.000 €”. A mi juicio, esta es una cuantía suficientemente alta como

legislador español crea, así, un doble rasero para aquellos otros contratos que las entidades consideradas poder adjudicador (sean Administración Pública o no) adjudiquen por debajo de los umbrales especificados en la Ley, ya que no son recurribles a través del recurso especial en materia de contratación, por expresa exclusión del art. 37.1 LCSP²⁸, y deberán acudir a las vías ordinarias de revisión previstas para los contratos del sector público²⁹.

para dejar fuera de la contratación armonizada un número considerable de contratos de obras. En este sentido, en el Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo, entiende que la aplicación de determinadas reglas de la Ley a todos los contratos de las entidades consideradas poder adjudicador, al margen del umbral económico de los contratos armonizadas, estaríamos ante “una cuestión sustantiva de régimen de tales entidades, que afecta a distintos aspectos”, y, específicamente, a la preparación, adjudicación y recurso.

²⁸ Como señala NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE” (Ed. J. M^a Gimeno Feliú), *El Derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, X, Gobierno de Aragón, 2008, p. 319, el recurso especial convive con los recursos ordinarios para los contratos de las Administraciones Públicas no sujetos a regulación armonizada, y aquellos otros actos que, dictados en contrato armonizado, no son objeto del recurso especial.

²⁹ Al respecto, véase GIMENO FELIÚ, “El nuevo ... *op.cit.*, pp. 49, 50. A mi juicio, este enfoque lleva a una conclusión nada satisfactoria respecto de la efectividad de la nueva regulación del ámbito subjetivo de la Ley, puesto que la integración de conceptos a los que nos hemos referido no evitan que queden al margen de la Ley un gran número de contratos de estas otras entidades, y, por tanto, no se frena suficientemente la huida del Derecho Público de la contratación; y, por otro lado, poco añade la Ley con la consideración de las Administraciones Públicas como poderes adjudicadores, si el dato fundamental de la contratación armonizada es el umbral económico del contrato, porque, en lo demás, los contratos de las Administraciones tienen su propio régimen jurídico, con garantía de los principios reseñados. Es más, esta consideración de las Administraciones tiene un

Finalmente, las insuficiencias señaladas y la necesidad de institucionalizar definitivamente la tutela precontractual en la legislación española de contratos, han provocado la reformulación de la Ley de Contratos del Sector Público a través de la aprobación del Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, incorporando la reforma operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto³⁰. Ha afirmado el Prof. GIMENO FELIÚ, que la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, constituye “una novedad dogmática y de gestión práctica”, un punto de inflexión en la configuración y fundamento de la legislación de contratos en nuestro Derecho³¹, que refuerzan, así, el carácter estructural³² de los mismos para el Derecho Administrativo.

efecto excluyente respecto de la tutela precontractual, como hemos indicado.

³⁰ El detonante de la nueva reforma parcial de la LCSP fue la condena a España por incumplimiento de la Directiva mencionada en la STJUE 3 de abril de 2008, en cuya virtud el Tribunal considera insuficiente la diferenciación entre la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva del contrato, para que, en el plazo de diez días desde la primera pudiera interponerse el recurso especial de contratación. Al respecto, véase NOGUERA DE LA MUELA, B., Voz “Directivas Comunitarias”, (Dir. Bermejo Vera), *Diccionario de Contratación Pública*, Ed. Iustel, Madrid, 2009, p. 295.

³¹ Al respecto, véase GIMENO FELIÚ, J.M^a, *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: alcance y efectos prácticos*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 47. El autor se refiere, así, a la STC 288/1994, de 27 octubre, en cuya virtud, el sistema de recursos previsto en un Ordenamiento, permite que los ciudadanos contribuyan de manera eficaz “a promover la legalidad de la actuación administrativa”, lo cual genera, a la vez, un cierto clima de confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de garantías “como eficaz instrumento de prevención y corrección” (p.48).

³² Es la expresión de CARLÓN RUIZ, M., “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del Ordenamiento

2. Aspectos esenciales del régimen actual del recurso: ámbito material y legitimación

Con este apartado, y de manera muy sumaria, sólo vamos a exponer los aspectos esenciales del ámbito material y legitimación para la interposición del recurso, a fin de poner de manifiesto las líneas fundamentales de operatividad del mismo como cauce de tutela precontractual y realización de los principios de libre competencia, publicidad e igualdad.

En cuanto al ámbito material del recurso, éste se identifica en atención a un doble criterio, en cuya virtud el recurso es posible frente a determinados contratos y en relación con los actos recurribles del art. 40 TRLCSP: el recurso especial de contratación adopta, así, un enfoque parcial, que contrasta con la amplitud material del recurso en el nivel comunitario, dada la vinculación de todos los contratos a los principios del Tratado Unión Europea, con especial relevancia del principio de no discriminación³³. Así, en primer lugar, el recurso especial en materia de contratación procede, con carácter potestativo, contra los siguientes contratos, siempre que se suscriban con las Administraciones Públicas y las entidades consideradas poderes adjudicadores (art. 40.1 TRLCSP):

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada³⁴.

Jurídico”, (Dir Gómez-Ferrer Morant) *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, tal y como se recoge en GIMENO FELIÚ, *Las reformas ... op.cit.* nota al pie 3, p.14.

³³ MORENO MOLINA, *ibidem*, p. 176.

³⁴ Es llamativo que, pese al inicial carácter taxativo de esta lista, en la práctica es necesaria la labor interpretativa de los Tribunales administrativos creados para la resolución del recurso especial, dada la complejidad de cada una de estas nociones. Así se pone de manifiesto en la Resolución 63/2012, de 7 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, sobre la no consideración de un contrato de suministros por 420.000€ como un supuesto de contratación

- b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y
- c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.
- d) Contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

Sobre la base de esta primera delimitación, el apartado 2 del mismo artículo concreta los actos contra los que cabe la presentación del recurso: a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores; c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Como vemos, el art. 40.1 vuelve a recurrir al criterio artificial de los umbrales económicos para señalar que estamos ante los supuestos de contratación armonizada y, en la misma línea, es también el criterio económico el que está en la base de la inclusión de las letras b) y c) del precepto³⁵. Se trata, así, de un recurso

armonizada, por tratarse de un supuesto excepcionable por su relación con la defensa nacional (F.J.1): el Tribunal inadmite, así, el recurso.

³⁵ Ello contrasta con las normas aprobadas por algunas Comunidades Autónomas, que han ampliado el objeto del recurso. Véase, entre otros, arts. 66 Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de Administración de la Comunidad Autónoma de Baleares y 210 Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos; art. 3.1 Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de

exclusivo, pero también excluyente, en la medida en que, a salvo de lo que dispongan las Comunidades Autónomas, no es posible la interposición de recursos administrativos contra la resolución del recurso especial (art. 40.5 TRLCSP)³⁶.

De otro lado, el propio art. 40 matiza, aun de forma dispersa, el ámbito de aplicación del recurso, por la vía de excluir determinadas cuestiones materiales de la interposición del mismo, lo cual produce el efecto de abrir la puerta a la dualidad de sistemas para la revisión de los actos que se produzcan en la preparación y adjudicación de los contratos sometidos a este recurso:

La primera de las excepciones viene constituida por “los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación” (así lo señala expresamente el art. 40.2 *in fine*). No obstante, el TJUE ha establecido claramente que una modificación

Aragón (BOE núm. 83, de 7 de abril). En contraposición, sin embargo, no se produce ampliación material del ámbito del recurso en Comunidades como Castilla y León, tal y como pone de manifiesto la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León, en relación con la regulación de los arts. 58 a 64 sobre el Tribunal de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma (BOE núm. 77, de 30 de marzo).

³⁶ El art. 40.5 TRLCSP dispone lo siguiente: “No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas.

Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

sustancial del contrato tras su adjudicación supone una nueva licitación³⁷, y, por tanto, si tenemos en cuenta el fundamento principalista de este recurso, debe garantizarse la tutela de los licitadores a través del recurso especial con independencia de que la modificación se haya previsto o no en los respectivos pliegos, para evitar, así, la conculcación de los principios de libre concurrencia e igualdad.

Por otro lado, quedan excluidos de una impugnación directa a través del recurso, “los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2”, (art. 40.3). Finalmente, el recurso especial de contratación no procede en relación con los procedimientos de adjudicación del art. 113, esto es, a la adjudicación de contratos por la vía de emergencia, produciéndose, así, una cierta derogación del régimen del recurso que obedece a la excepcionalidad de la aludida situación de emergencia.

En cuanto a la legitimación, art. 42 TRLCSP establece una legitimación bastante amplia, en la medida en que cabe la interposición del recurso por persona física y jurídica que ostente un derecho e interés legítimo perjudicado, o con posibilidad de resultar afectado por las decisiones objeto de recurso, y, por tanto, no sólo el licitador que participa de forma efectiva en el procedimiento de contratación está legitimado para la interposición del recurso³⁸.

³⁷ Así, por ejemplo, en la STJUE 19 de junio de 2008, el Tribunal considera que una modificación sustancial debe dar lugar a una nueva adjudicación si se presentan “características sustancialmente diferentes del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato”: véase GIMENO FELIÚ, *Las reformas ... op.cit.* p. 82.

³⁸ Así, a modo de ejemplo, es especialmente interesante la Resolución 2/2012, de 18 de enero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, en la que se admite la legitimación de Grupo Municipal Centrista del Ayuntamiento de Majadahonda contra acuerdo del Pleno por el que se adjudica el contrato de Gestión de Servicios Públicos, mediante concesión administrativa del Servicio de Limpieza Viaria y recogida de Residuos Urbanos. El Tribunal

En definitiva, se articula un recurso potestativo, exclusivo en cuanto al objeto de impugnación y excluyente, por enervar las posibilidades de otros recursos administrativos para los contratos y los actos objeto del recurso especial. El resultado es, sin duda, un modelo complejo, dada la dualidad de regímenes que pueden coexistir, dependiendo de que el recurrente haga uso o no del recurso especial que nos ocupa.

III. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE RECURSOS CONTRACTUALES. PROCEDIMIENTO Y RESOLUCIÓN

El art. 41 del TRLCSP establece una de las novedades fundamentales de la nueva regulación, al otorgar la competencia para resolver el recurso que nos ocupa a un órgano especializado e independiente desde un punto de vista funcional (así lo señala expresamente el art. 41 apartado. 1 en relación con la Administración General del Estado). Por tanto, la nueva regulación atiende las críticas doctrinales, surgidas al amparo de las Directivas de recursos, sobre la conveniencia de designar un órgano independiente para la resolución del recurso, que, en consecuencia, no estuviera vinculado al órgano de contratación y, en tal sentido, ofreciera garantías de imparcialidad a los interesados del recurso.

Desde esta perspectiva, el artículo regula de forma extraordinariamente compleja la designación de este órgano, atendiendo a la naturaleza administrativa del órgano de contratación (con lo que habrá que estar a la capacidad de cada Administración de designar su propio órgano de resolución de estos recursos) o a su consideración de poder adjudicador, a lo cual se suman cuestiones diferentes como que el expediente de contratación esté llevado por el órgano competente de los Órganos Constitucionales o que estemos ante un contrato subvencionado. En función de todo lo anterior, pueden

diferencia, así, entre legitimación *ad procesum* y legitimación *ad causam*, para llegar a reconocer la legitimación del Grupo, pese a carecer de personalidad jurídica propia (F.J.1).

establecerse los siguientes criterios a efectos de identificación del órgano competente:

Primero: Si estamos en el ámbito de la Administración General del Estado, el órgano competente para la resolución del recurso especial será el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, según el art. 41.1 TRLCSP. Este será, también, el órgano competente ante los recursos que se presenten contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Tribunal de Cuentas.

Se trata de un órgano especializado, que habrá de resolver con criterios de independencia funcional. La composición y el nombramiento de los miembros del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales resulta, así, ser la pieza clave en la articulación de un régimen jurídico garantizador de la su independencia, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

En primer término, el precepto especifica que el Tribunal estará integrado por un Presidente y un mínimo de dos vocales que, no obstante, pueden incrementarse si así se prevé reglamentariamente, si lo aconseja el número de asuntos. En todo caso, es destacable que la designación de Presidente y vocales obedece al criterio de profesionalidad de los mismos, en el sentido de que el primero “deberá ser funcionario de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso sea requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública”; y, por su parte, la designación de los vocales podrá ser de entre “los funcionarios de carrera de cuerpos y escalas a los que se acceda con título de licenciado o de grado y que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado

directamente con la contratación pública³⁹” (párrafos 4 y 3, respectivamente del art. 41.1).

Segundo: En el ámbito de las Comunidades Autónomas, (y de los Órganos constitucionales de ámbito autonómico), el criterio para la designación del órgano competente es atender a la normativa específica, y, por tanto, a la designación de un órgano propio, en el ejercicio de las competencias de autoorganización que corresponden a las Comunidades Autónomas. Si no, las Administraciones Autonómicas pueden optar por atribuir esta competencia al Tribunal Central, siempre y cuando celebren el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias (art. 41.3 párrafo cuarto)⁴⁰.

Por otro lado, la norma concreta que la opción por un órgano propio significa la creación de un órgano independiente cuyo titular o Presidente, si se crea un órgano colegiado, debe ostentar “cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias de que deba conocer”. En todo caso, el régimen jurídico específico de creación y funcionamiento del órgano deberá garantizar la independencia e

³⁹ El precepto especifica el cuerpo o escala al que han de pertenecer estos funcionarios, señalando que “en el caso de que los Vocales o el Presidente fueran designados entre funcionarios de carrera incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 7/2007, 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, éstos deberán pertenecer a cuerpos o escalas clasificados en el Subgrupo A1 del artículo 76 de dicha Ley”.

⁴⁰ Idéntico criterio sigue el precepto en relación con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de forma que tienen la posibilidad de designar su propio órgano de resolución de estos recursos, o, por el contrario, reconocer la competencia del Tribunal Central (art. 41.3 *in fine*). Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto (Disposición Transitoria séptima TRLCSP), prevé la solución para las Comunidades que no regulen el recurso especial (y la cuestión de nulidad), y los efectos derivados de la interposición del recurso.

inamovilidad de sus miembros, lo cual se vincula con su nombramiento y la terminación de su mandato (por tanto, la duración y revocabilidad del mandato, en su caso). A nuestro juicio, ésta no es una regulación satisfactoria desde la perspectiva del carácter básico que corresponde a la legislación de contratos, en el sentido de que la norma, con total respeto de la potestad de autoorganización, podía haber concretado algunos extremos más de los órganos que las Comunidades Autónomas creen al efecto del recurso especial, puesto que se trata de un procedimiento común a todas las Administraciones Públicas, en el marco del art. 40.1 TRLCSP.

En nuestra opinión, el art. 41.3 TRLCSP lleva a cabo una regulación extraña de la competencia autonómica para la creación de estos órganos pese a que el funcionamiento del recurso debe ser homogéneo en todas las Administraciones Públicas. En todo caso, son varias las Comunidades Autónomas que ya han regulado sobre este aspecto, concretando, pues, la posibilidad que les ofrece la norma⁴¹.

⁴¹ A modo de ejemplo, en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, destaca la minuciosidad con la que se ha regulado el régimen jurídico del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos, y en el que la especialización de sus miembros constituye un valor; al respecto, véase GIMENO FELIÚ, *ibidem*, pp. 161 y ss. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha llevado a cabo la regulación de su Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales mediante Reglamento, mediante la aprobación del Decreto 322/2011, de 2 de noviembre. En contraposición, debe llamarse la atención sobre la especial composición de los miembros del Tribunal de Contratos Públicos de Castilla y León, que, pese a las exigencias del TRLCSP, se trata de un órgano adscrito al Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma, de forma que, pese al mandato de actuación con “separación de funciones” y con plena independencia, la presidencia del Tribunal es del Presidente del Consejo Consultivo, los Vocales son Consejeros electos del mismo, y el Secretario es el del Consejo Consultivo: Véase arts. 60 a 62 Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras de Castilla y León.

Tercero: Si los contratos objeto del recurso especial se celebran en el ámbito de la Administración Local, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas “cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación” (art. 41.4 TRLCSP). La mayoría de las Comunidades Autónomas han previsto que el órgano de resolución de los recursos especiales en el nivel local sea el órgano designado a tales efectos en el nivel autonómico⁴².

Cuarto: Cuando el órgano de contratación es poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública, son varios los criterios que la Ley establece para identificar al órgano competente para la resolución del recurso especial, en atención a la relación o vinculación existente entre la entidad y la Administración o Administraciones matrices (art. 41.5).

Finalmente, este apartado debe concluir con la referencia a la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, en lo que respecta a la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer del recurso contencioso-administrativo contra la resolución del recurso especial, en los términos del art. 10 y art. 11.

⁴² En este sentido, existen dos excepciones, a saber: en la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Disposición Adicional 8ª Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2011, regula el régimen aplicable al Órgano Administrativo de Recursos contractuales, previendo, en lo que respecta a la Administración Local, la posibilidad de Órganos específicos para los municipios de más de 50.000 habitantes integrados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi; idéntica posibilidad se contempla en el art. 10 del Decreto andaluz por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en el sentido de que las entidades locales andaluzas y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas podrán crear órganos propios especializados e independientes, que actuarán con plena independencia funcional (apartado primero), o acudir a los órganos especializados creados por las Diputaciones Provinciales (apartado tercero).

En cuanto al procedimiento del recurso especial se inicia mediante escrito presentado en el Registro del órgano de contratación o en el del Tribunal u órgano administrativo creado al efecto para la resolución del recuso, mediante la presentación de la solicitud con el contenido previsto en el art. 44.4 TRLCSP y dentro de los plazos previstos en el apartado 2 de este artículo.

No obstante, con carácter previo, la norma exige, porque así lo contemplaba la Directiva 89/665/CEE, como opción para el Estado miembro, el cumplimiento de una carga documental consistente en el anuncio previo ante el órgano de contratación de la interposición del recurso, mediante escrito especificando el acto en procedimiento que vaya a ser objeto del mismo (en los términos de lo arts. 40.1 y 40.2 TRLCSP), y, en su caso, las ilegalidades que van a sustentarlo. La previsión de este anuncio resulta tan importante que la presentación de la solicitud del recurso sin el justificante de haber dado cumplimiento a lo establecido en el apartado 1 del art. 44, impide dar curso al escrito de interposición, aunque su omisión podrá subsanarse de conformidad con lo establecido en el art. 44.5 (art. 44.4.e)).

Por otro lado, en el escrito de interposición “se hará constar el acto recurrido, el motivo que fundamente el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de naturaleza cautelar que se soliciten, en los mismos términos en que están previstos para el caso de que se pidan con carácter previo a la presentación del recurso (art. 44.3 en relación con el art. 43 TRLCSP).

Finalmente, en cuanto al plazo para la interposición del recurso y su cómputo, la regla es que el mismo difiere en función de cuál sea el acto objeto de la impugnación y, asimismo, del momento en que el recurrente tiene conocimiento suficiente, en términos de motivación, del mismo, pues sólo entonces el interesado estará en disposición de presentar el recurso. Con carácter general, el recurso deberá interponerse en el plazo de 15 días hábiles⁴³,

⁴³ La Disposición Adicional Duodécima señala que las referencias previstas en la Ley serán siempre a días hábiles. Ello contrasta con la

contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4 TRLCSP, esto es, la notificación de la adjudicación del contrato. Por tanto, la regla general está pensada para el supuesto de que éste sea el acto objeto de impugnación y no otro, teniendo especial interés las garantías de publicidad que el artículo prevé en relación con dicha adjudicación⁴⁴. En este sentido, cabe aludir a los supuestos de notificación defectuosa de la adjudicación, ante los que se ha seguido el criterio de subsanar la notificación por la interposición del recurso especial, determinando el *dies a quo*⁴⁵. En todo caso, la consecuencia de lo anterior, es que esta regla debe modularse si el recurso ha de presentarse contra las decisiones tomadas durante la fase de preparación del contrato, tal y como dispone el 44.2 TRLCSP.

Por último, la solicitud de medidas cautelares corresponde a los legitimados activos para la interposición del recurso, que las pedirán con miras a “a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados”, pudiendo consistir en suspender o hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación (art. 43.1 TRLSCP). En este sentido, el precepto debe conectarse con el art. 45, en cuya virtud procede la suspensión del expediente de contratación en todo caso, si el acto recurrido es el de adjudicación, a fin de evitar perjuicios

letra de las Directivas de recursos, en las que los plazos vienen expresados en días civiles.

⁴⁴ El precepto dispone, así, en sus dos primeros párrafos, lo siguiente: “La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante. La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación”.

⁴⁵ Resolución 33/2012, de 26 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (F.J. 3).

irreparables para el caso de que el recurso se resuelva de forma satisfactoria para el recurrente. Con este enfoque, se garantiza la eficacia de la tutela jurídica desplegada por las medidas provisionales y, por extensión, la de la resolución definitiva del recurso⁴⁶

Sobre la base de todo lo expuesto, la tramitación del recurso especial se adecua a las previsiones del art. 46 TRLCSP, en el que se establecen las especialidades de un procedimiento sumario como el considerado, tras una remisión genérica a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así, la recepción del escrito de interposición del recurso por el Tribunal u órgano resolutorio supone la apertura del trámite de alegaciones del resto de interesados del recurso, en el sentido de que el órgano resolutorio debe dar traslado del recurso a dichos interesados en el plazo de cinco días hábiles para que presenten, en su caso, las alegaciones que estimen⁴⁷; con anterioridad, el órgano encargado de resolver el recurso, lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe.

Junto a ello, cabe la realización del trámite de prueba de los hechos alegados o, en su caso, de recabar informe del órgano de contratación, tal y como dispone el art. 46.4 TRLCSP, en cuya virtud “los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho”, pudiendo acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles.

Finalmente, el art. 47 TRLCSP dispone que la resolución del recurso deberá producirse en el plazo de cinco días hábiles desde que se hayan recibido las alegaciones, haya culminado el plazo para su realización sin que se hayan presentado y, en su caso, el de realización de la prueba. La falta de resolución no está

⁴⁶ GIMENO FELIÚ, *Las reformas... op.cit.*, p. 83.

⁴⁷ Art. 46.3 TRLCSP.

expresamente regulada en el TRLCSP, aunque procederá la regla general de silencio negativo en los supuestos de recurso. Por su parte, efectuada la resolución del recurso, deberá notificarse a todos los interesados (art. 47.1).

De manera motivada, la resolución podrá consistir en la inadmisión del recurso o, en su caso, en la desestimación/estimación total o parcial del recurso, debiendo mostrar congruencia con el *petitum* del recurso. Por tanto, la resolución del recurso tiene una inicial limitación en cuanto a su alcance, que contrasta con la amplitud prevista en otros Ordenamientos para la resolución⁴⁸.

Junto a ello, y en relación con el objeto de este Trabajo, debe destacarse que la estimación del recurso puede tener el contenido principal del art. 47.2 TRLCSP, y puede hablarse de un contenido accesorio en el que se incluyen las medidas provisionales, si se adoptaron o procedió la suspensión automática del art. 45 TR, la indemnización de daños y perjuicios por el órgano de contratación a quienes se hayan visto perjudicados por la infracción legal que provocó el recurso y, finalmente, la imposición de una multa si el órgano decisorio apreciara temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares⁴⁹. Sobre esta

⁴⁸ Así, la letra del art. 47.2 TRLCSP contrasta con las previsiones del Derecho Alemán, en el que el Tribunal creado para la resolución de los recursos: Véase DÍEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 151.

⁴⁹ El art. 47.5 dispone lo siguiente: “En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios de Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística”. A juicio de DÍEZ SASTRE, *...op.cit.* p. 173, la previsión de estas multas puede verse de forma crítica si atendemos a la amplia legitimación activa del recurso, puesto que pueden tener un efecto

diferenciación inicial, la resolución del recurso especial podrá contener, *ex art.* 47.2, los siguientes pronunciamientos:

- a) Anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, lo cual incluye “la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación”.
- b) En su caso, la retroacción de las actuaciones hasta el momento de su anulación.
- c) Por efecto de lo anterior, podrá producirse una nueva adjudicación por el órgano de contratación.

Las soluciones expuestas tienen que ver con las dos finalidades esenciales de la llamada tutela restitutoria de la que el recurso especial es clara manifestación, puesto que el mismo puede perseguir la restitución de las posiciones jurídico-subjetivas que garanticen la participación de candidatos y licitadores en el procedimiento de adjudicación de un contrato⁵⁰, o, incluso, una nueva adjudicación del contrato, si el grado de discrecionalidad de las decisiones del órgano de contratación es suficientemente limitado como para permitir que, desde el Tribunal o el órgano resolutorio, pueda proponerse una nueva adjudicación⁵¹. Sin duda,

desincentivador para la interposición del recurso, cuando el interesado no sea licitador o candidato para participar en el procedimiento.

⁵⁰ *Vid.* DÍEZ SASTRE, *ibidem*, p. 106, sobre el “derecho a la corrección jurídica del procedimiento”, de clara raigambre europea.

⁵¹ Este es el enfoque adoptado por DÍEZ SASTRE, *ibidem*, pp.110 y ss. La autora realiza, así, una interesantísima aproximación a las posibilidades que puede tener el órgano administrativo o judicial que proceda para sustituir la decisión del órgano de contratación mediante la adjudicación del contrato al nuevo licitador. En este sentido, es preciso valorar los espacios de discrecionalidad que se han ido produciendo a lo largo del procedimiento: sobre todo en relación con la determinación de la oferta económica más ventajosa; así como en el supuesto de que, establecida dicha oferta, el órgano de contratación quiera renunciar al

la eficacia del recurso especial descansa sobre estas dos finalidades, que, de otro modo, harían que la tutela precontractual que nos ocupa quedara vacía de contenido.

A nuestro juicio, el grado de densidad de las decisiones de estos órganos administrativos especializados constituye un aspecto fundamental para poder reconocer la sustantividad del sistema precontractual que se ha planteado a lo largo de este Trabajo, teniendo en cuenta que el fin último del recurso es la garantía de los principios de libre concurrencia, publicidad e igualdad hasta el momento de adjudicación de un contrato, constituyendo un plus de la finalidad del recurso y su propia especialidad, puesto que se trata de asegurar las posiciones de quienes tienen la opción de participar en un procedimiento de adjudicación. Desde esta perspectiva, podría plantearse, puesto que la Ley no lo señala expresamente, la posibilidad de que estos Tribunales u órganos resolutorios supliesen la voluntad del órgano de contratación ante una vulneración clara de los principios de la contratación pública por la adopción de actos discrecionales de carácter técnico, lo cual tendría como justificación fundamental la especialización que se exige, *ab initio*, a los miembros de los Tribunales y órganos examinados. Sin embargo, el art. 47.2 sólo se refiere, por la vía de la anulación, a la supresión de características técnicas, económicas o financieras discriminatorias de diversos actos de la fase de licitación, creando un vacío que, parece sólo puede colmarse mediante la retroacción de las actuaciones y, por tanto, la adopción de nuevas decisiones por el órgano de contratación o, en su caso, una nueva adjudicación, ante los criterios existentes. La revisión a fondo de las decisiones discrecionales de los órganos de contratación, con los aludidos principios de la contratación como rasero de dicha discrecionalidad, podría constituir una vía

contrato, o dejar desierta la licitación; en tales casos, sería perfectamente lícito que un juez (u órgano administrativo) adjudicara el contrato a quien resulta adjudicatario sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, pues el órgano de contratación no tendría discrecionalidad para tomar las decisiones aludidas.

alternativa para atender el aludido vacío⁵². A ello dedicaremos el siguiente epígrafe.

Finalmente, para concluir este apartado, en cuanto a los efectos de la resolución, debe indicarse que ésta es directamente ejecutiva desde que se dicta, sin perjuicio de la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo, tal y como dispone el art. 49 TRLCSP.

IV. RECURSO ESPECIAL Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: ¿NUEVOS ELEMENTOS PARA EL CONTROL DE DICHA DISCRECIONALIDAD?

La discrecionalidad, es, como viene señalando la doctrina más autorizada, una de las cuestiones claves del Estado de Derecho, en tanto que nos ofrece la medida del principio de legalidad aplicado a la actuación de las Administraciones públicas y, por extensión, la medida de su control en sede jurisdiccional⁵³. No corresponde a este Trabajo realizar un estudio pormenorizado del fenómeno de la discrecionalidad en su sentido más amplio (discrecionalidad administrativa), ni en su acepción más concreta, cuando

⁵² Téngase en cuenta que el principio de libre concurrencia es el cauce para la realización del principio de igualdad y de no discriminación, de forma que está en la base de la prohibición de la arbitrariedad de las decisiones: Véase ESCARTÍN ESCUDÉ, V., Voz “Principios generales de la contratación pública”, (Dir. Bermejo Vera) en, *Diccionario de Contratación Pública... op.cit.*, p. 506.

⁵³ Sin ánimo exhaustivo, véase GARCÍA DE ENTERRÍA ; FERNÁNDEZ, *Curso de ... op.cit.*, pp. 423 y ss y, por su carácter monográfico, M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 21 y ss. Asimismo, sobre el carácter central del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto al control de la discrecionalidad, sin perjuicio de su estudio a partir de las particularidades de cada sector, téngase en cuenta BARNÉS, J., “Una nota sobre el análisis comparado: a propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa, en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Madrid, Civitas, 1996, pp. 226-230.

reconocemos la existencia de discrecionalidad técnica⁵⁴, porque ello escape de las pretensiones del mismo y son numerosos y de alta calidad los Estudios que este tema ha generado⁵⁵, pero sí es necesario señalar que el ámbito de la contratación pública constituye un espacio característico de discrecionalidad, en el que se combinan las dos variables, y en momentos diversos, del proceso de contratación⁵⁶. En este sentido, el recurso especial de contratación consagra, como hemos visto, un modelo de tutela precontractual en el que las fases de preparación y adjudicación de los contratos se convierten en el punto de mira de la revisión que los Tribunales Administrativos de contratación han de realizar, y, puesto que se trata de fases con amplio contenido de discrecionalidad, entendemos oportuno un cierto cuestionamiento del modelo de revisión que establece el recurso, en el sentido de abordar las decisiones discrecionales que toman los órganos de contratación.

Desde esta perspectiva, sin que estemos ante una cuestión pacífica, debe reconocerse el consenso doctrinal existente sobre el alcance de la discrecionalidad administrativa en sentido general, de

⁵⁴ No se trata de un concepto unívoco, pues, como señala la doctrina puede incluir supuestos en los que la norma recurre a conceptos técnicos o, con mejor criterio, la discrecionalidad técnica deberá referirse a los casos en los que la norma remite a la Administración la decisión sobre una cuestión, de forma que la resolución habrá de basarse en la experiencia o en conocimientos especializados. Entre otros, véase J. TORNOS MAS, “Discrecionalidad e intervención administrativa económica”, en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*,...*op.cit.* p. 404.

⁵⁵ Así lo ponía de manifiesto MARTÍN-RETORILLO BAQUER, L., “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, nota al pie núm. 1, pp. 1083, 1084, al referir los Estudios más señeros sobre el alcance de la discrecionalidad administrativa, y a los que nos remitimos.

⁵⁶ Véase GÁLVEZ RUÍZ, M^a V., “La discrecionalidad de los órganos de contratación”, AA.VV., en, *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*,...*op.cit.*, p. 528.

forma que el ejercicio de potestades discrecionales es susceptible de control de legalidad a través de las técnicas reconocidas con carácter general, que atienden a los hechos determinantes, fin de la potestad, y principios generales aplicados al ejercicio de la misma⁵⁷. La cuestión será, entonces, si todas estas técnicas son suficientes o no en función del ámbito en el que nos desenvolvamos, y, en todo caso, viene siendo doctrina jurisprudencial asentada la imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan sustituir las decisiones de los órganos administrativos⁵⁸. Así, en el ámbito de la contratación, el acuerdo de inicio de un expediente de licitación se mueve en este ámbito de discrecionalidad, de forma que el juez de lo contencioso nunca podrá llegar a suplir la voluntad del órgano de contratación, porque no es su función decidir sobre la conveniencia u oportunidad de realizar el contrato para la satisfacción del interés general⁵⁹.

⁵⁷ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA ; FERNÁNDEZ, *Curso de ... op.cit.*, pp. 454 y ss.

⁵⁸ Se plantea, así, la necesidad de arbitrar nuevas técnicas de control de la discrecionalidad, a la medida del sector de intervención administrativa en el que nos situemos, a fin de fiscalizar el carácter razonable de la decisión administrativa, sin llegar a suplir la misma: Téngase en cuenta, TORNOS MAS, “Discrecionalidad ...*op.cit.*”, pp. 404 y 405. Con carácter más general, y a partir del estudio del control de la discrecionalidad de las Agencias norteamericanas por los Tribunales, MUÑOZ MACHADO señala que nuestra Jurisprudencia ha realizado una considerable tarea de construcción de criterios o parámetros de control de la discrecionalidad, pero que aún debe aproximarse a la consideración de las habilitaciones legales con las que cuentan las Agencias para el ejercicio de esta discrecionalidad: al respecto, véase MUÑOZ MACHADO, S., “Los principios del Derecho de la Regulación: la actividad de las Agencias y su control”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009, pp. 25, 26.

⁵⁹ En la misma línea se situaría la decisión de desistir en el procedimiento contractual, fiscalizable en la medida en que se trata de un acto ligado a las normas sustantivas de la contratación. Al respecto, véase GALLEGO CÓRCOLES, I., “Jurisprudencia europea y recurso especial de

Por el contrario, y en nuestra opinión, la discrecionalidad técnica plantea problemas diversos en cuanto a su fiscalización, dada su vinculación a la aplicación de criterios de carácter técnico y/o científico, o propios de un determinado ámbito, que, en tanto que discrecionalidad, permiten que la actuación de la Administración no sea unívoca. No es posible reproducir aquí el debate doctrinal acerca del control de este tipo de discrecionalidad, pero sí hemos de hacernos eco de aquellas posiciones que abogan por la extensión del control (jurisdiccional) de la misma⁶⁰, asumiendo, no obstante, que se trata de una discrecionalidad con perfiles propios que, en consecuencia, va a exigir fórmulas de control específicas, también en función del ámbito en el que se desenvuelva. En este sentido, y teniendo en cuenta el objeto del recurso especial de contratación, la adjudicación del contrato va precedida de una pluralidad de decisiones que se sitúan en esta discrecionalidad, y que, sin embargo, tienen como límite los principios de igualdad, publicidad y libre concurrencia: piénsese en la confección del pliego de prescripciones técnicas, cuya redacción restrictiva puede tener el efecto de reducir la concurrencia en la licitación; en la

contratación, en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 117, 2012, p. 51.

⁶⁰ De manera expresiva, GARCÍA DEL RÍO, L., “El control judicial de la discrecionalidad técnica: los procedimientos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, AA.VV., en, *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional...* *op.cit.*, p. 375, señala que la discrecionalidad técnica se ha venido planteando como “un pretexto para mantener un ámbito de *nepotismo y arbitrariedad*, especialmente en la selección del personal al servicio de las Administraciones”. Junto a ello, sobre la necesidad incuestionable del control judicial de la discrecionalidad técnica, véase DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, p.67: la autora, tras poner de manifiesto la evolución en la construcción doctrinal de la discrecionalidad técnica, tanto en Italia como en España, aboga por emplear el concepto de “discrecionalidad instrumental técnico-jurídica, plenamente controlable y (en su caso), sustituible por los Tribunales”, aunque estos están limitándose a un control en negativo, equivalente al control de la discrecionalidad administrativa.

expulsión previa de un licitador por entender la Mesa de contratación que se presenta una oferta temeraria, o en la valoración de los criterios que se establezcan para la adjudicación del contrato que, con carácter general, es el resultado de una operación aritmética en relación con la puntuación obtenida en cada uno de los criterios de los pliegos. La puesta en marcha del recurso especial nos ofrece, así, una multiplicidad de supuestos en la que es posible apreciar la llamada discrecionalidad técnica y la cuestión es, entonces, decidir la intensidad con la que un órgano especializado como el que constituyen los Tribunales Administrativos de contratación puede “enderezar” las decisiones del órgano de contratación ante la aplicación de criterios de carácter técnico, también asumibles por el Tribunal.

A nuestro juicio, lo que se plantea no es en absoluto baladí, porque ello, como ya hemos indicado, da la medida de la sustantividad de la tutela precontractual, y, por otro lado, permite valorar el hecho de que la fase administrativa de este recurso no tiene correspondencia con la fase jurisdiccional del mismo, en el sentido de que la tutela sumarisima que ofrece el recurso especial en vía administrativa queda paralizada cuando se llega a la Jurisdicción contencioso-administrativa, restándole toda operatividad, pues no existe un recurso específico en esta jurisdicción que diera continuidad al recurso especial de carácter administrativo. Si, como aquí se plantea, el Tribunal Administrativo de recursos contractuales pudiera llegar a suplir la decisión de carácter técnico del órgano de contratación⁶¹, a través de la aplicación de su propia experiencia⁶² y con los principios sustantivos de la contratación como rasero, estaríamos dotando al recurso especial de contratación de una gran efectividad y

⁶¹ DESDENTADO DAROCA, *ibidem*, p. 67.

⁶² Piénsese, en relación con la posibilidad de control experto de la discrecionalidad técnica, en el valor de la configuración de los Tribunales como órganos colegiados, como regla general, de carácter independiente desde un punto de vista funcional respecto de la Administración contratante, constituidos sobre la base del criterio de la experiencia o especialización en materia de contratación.

estaríamos abriendo la puerta al control experto de la actuación administrativa, cuando la misma se desenvuelve en el marco de la discrecionalidad de carácter técnico.

Sin embargo, pese a esta última afirmación, la práctica más reciente de los Tribunales Administrativos creados hasta el momento pone de manifiesto que el alcance del recurso especial en materia de contratación es limitado, en la línea del control de legalidad de los órganos jurisdiccionales, pues dichos Tribunales asumen la misma limitación material de los Tribunales Contencioso-Administrativo, en cuanto al control de la discrecionalidad técnica y, por tanto, no llegan a entrar a valorar los criterios manejados por los órganos de contratación en la adopción de decisiones, salvaguardando los principios de la contratación pública sólo en modo superficial, a través de la anulación de lo actuado y a la retroacción de la misma, para que el órgano de contratación adopte otras decisiones⁶³.

De manera muy ilustrativa, en relación con la valoración económica de los criterios de adjudicación del contrato impugnado, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en Resolución de 26 de enero de 2012, considera aplicable la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la discrecionalidad técnica de la Administración: “tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos”. Por tanto, el Tribunal Administrativo entiende que puede analizar el resultado de las valoraciones, pero de forma limitada y exclusiva “a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia, de procedimiento o que no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios o que

⁶³ *Vid.* DÍEZ SASTRE, *ibidem*, p. 189. La autora reconoce en su estudio que esta es una tendencia generalizada, aunque señala que ha habido una cierta intensificación de la tutela jurisdiccional por la vía de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados, como el de “oferta económicamente más ventajosa”. Ello tiene el interés, a mi juicio, de poner de manifiesto que pueden articularse vías para un control más de fondo de las decisiones de los órganos de contratación.

finalmente se haya incurrido en un error sustancial” (F.J.5). Por efecto de lo anterior, el Tribunal concluye que el error en la valoración de los criterios seguidos por el órgano de contratación se mueve en la discrecionalidad técnica que, de no ser arbitraria, no está al alcance de la revisión⁶⁴.

En la misma línea, el Acuerdo 13/2011, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, entiende que hay discrecionalidad técnica (por tanto, no fiscalizable), en la determinación de la adecuación del contenido de los pliegos al objeto de la licitación y a las exigencias relativas a la calidad del servicio ofertado (F.J.5).

Por su parte, la Resolución 10/2012, de 3 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, deja sentadas dos cuestiones diferentes, pero interrelacionadas con lo que estamos planteando: Por un lado, las exigencias del principio de igualdad de trato suponen una obligación de transparencia por parte del órgano de contratación, de forma que los posibles licitadores deben conocer en todo momento cuáles son los criterios previstos para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa. La consecuencia práctica de lo anterior, es que el Tribunal anula los criterios observados por el órgano de contratación en el momento de valoración de las propuestas, en la medida en que no estaban recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y se retrotraen las actuaciones hasta el momento de aplicación del referido pliego (F.J.5). Por otra parte, se precisa la motivación de la puntuación otorgada a uno de los elementos de la oferta presentada por la entidad recurrente, entendiendo el Tribunal que no puede entrar en el análisis del motivo que ha dado lugar a la puntuación concreta, porque ello supliría la función del órgano de valoración (F.J.5). Con ello, el Tribunal reconoce, implícitamente, que no puede suplir el criterio discrecional del órgano de contratación.

⁶⁴ En el mismo sentido, Resolución núm. 36/2013, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Finalmente, entre las resoluciones más recientes del Tribunal Administrativo Central destaca la Resolución 42/2013, de 23 de enero, en cuya virtud el Tribunal entra a examinar la discrecionalidad técnica con la que cuenta la Mesa y, en última instancia, el Órgano de contratación, “a la hora de valorar la suficiencia de la justificación aportada por las empresas cuyas ofertas se encuentran incursas en “valores anormales o desproporcionados”: la valoración de la posibilidad de cumplimiento del contrato por parte de la empresa que se encuentra en la situación de “baja temeraria” constituye una “manifestación particular de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración, debiendo aplicarse la doctrina jurisprudencial elaborada, con carácter general, en relación con la posibilidad de revisión jurisdiccional de los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales y, en particular, en relación con la actuación de la Mesa de contratación en un expediente concreto al formar su criterio acerca de la viabilidad de una proposición que incluye valores desproporcionados o anormales, lo que necesariamente se encuentra vinculado a la formulación de un juicio de valor” (F.J.8), de forma que “...sólo en aquellos casos en que la valoración efectuada por la Mesa de contratación deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabría entrar en su revisión, sin que se trate, a la hora de apreciar la posible existencia de error en la valoración, de realizar «un análisis profundo de las argumentaciones técnicas aducidas por las partes sino más exactamente y tal como la jurisprudencia ha puesto de manifiesto, de valorar si en la aplicación del criterio de adjudicación se ha producido un error material o de hecho que resulte patente de tal forma que pueda ser apreciado sin necesidad de efectuar razonamientos complejos» (Resolución del TC núm. 93/2012)...”

En definitiva, pese a las características del recurso especial en materia de contratación y a la especialización de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, y aun cuando la tutela precontractual que este recurso depara está vinculada a numerosos supuestos de discrecionalidad técnica que ponen en riesgo los principios de igualdad, libre concurrencia y publicidad, la

tendencia de estos Tribunales Administrativos es asumir un papel limitado en la fiscalización de esta discrecionalidad, en línea con la de los órganos jurisdiccionales, pese a su diferente naturaleza y a la alternativa ofrecida por alguna autora⁶⁵.

Es cierto, sin embargo, que algunas resoluciones nos ponen sobre la pista de un nivel mínimo de control de esta discrecionalidad con ciertos efectos sustitutivos⁶⁶. No obstante, en última instancia, ni

⁶⁵ En este sentido, DESDENTADO DAROCA, *Los problemas...* op.cit., pp. 149 a 152, pone el acento en una cuestión en la que los Tribunales no entran y a la que la doctrina le ha dado poca importancia a efectos de justificar la falta de sustantividad del control judicial de la discrecionalidad técnica, y ello sobre la base de que, en el ámbito del acceso a la función pública, que es el que utiliza de referencia en su obra, nada impide desmontar los juicios discrecionales de las Comisiones juzgadoras. Así, a juicio de la autora, la razón de fondo para que el orden jurisdiccional no entre a valorar la decisión discrecionalidad de la Administración con posibilidad de sustitución se encuentra en el criterio de la “racionalidad económica” de las decisiones judiciales, en el sentido de que los Tribunales podrían incrementar de manera considerable su trabajo en cada decisión judicial, por ejemplo, a través de la corrección de los exámenes para el acceso a la función pública. Con las debidas reservas que impone la comparación entre el orden jurisdiccional y la vía administrativa, y la consideración de distintos ámbitos (acceso a la función pública y contratación), lo cierto es que estamos ante un planteamiento cuyo valor radica, a los efectos de este Trabajo, en abrir la puerta a la posibilidad de suplir el juicio discrecional del órgano administrativo, y, por tanto, a que los Tribunales Administrativos de contratación, puedan efectuar un control de experto sobre los actos discrecionales de los órganos de Administración en fase precontractual.

⁶⁶ A modo de ejemplo, en la mencionada Resolución 42/2013, el Tribunal se hace eco de la Resolución 40/2012, de 3 de febrero, “confirma la procedencia de la exclusión de una empresa a la que se había requerido para justificar la viabilidad de su oferta al amparo del art. 136 LCSP, por no acreditar la viabilidad de la ejecución del contrato, al contrastarse la existencia de unos costes salariales superiores a la ofertas, una vez analizados con detalle”: a nuestro juicio, si tal criterio determinó que el Tribunal anulara el acuerdo de exclusión de la licitación de la empresa, y justificó que el procedimiento se retrotrajese, implica imponer un criterio técnico en la valoración de los datos que aporta la oferta con

la regulación actual del recuso, ni de los Tribunales, ni la práctica desarrollada hasta la actualidad por los mismos, nos sitúan frente a la posibilidad novedosa, interesante, del control experto de la discrecionalidad técnica, lo cual, aun en el nivel de *lege ferenda*, podría constituir una vía idónea para reconducir a control una parcela de decisión administrativa que, a la vista de las resoluciones examinadas, sigue considerándose exenta de fiscalización.

En nuestra opinión, el contenido de la resolución del Tribunal administrativo competente ofrece diversos supuestos en los que la discrecionalidad técnica del órgano de contratación puede, si se nos permite la expresión, quedar neutralizada, en aras de los principios sustantivos de la contratación pública, pero los efectos de tal resolución no son siempre los mismos, atendiendo al objeto del recurso y, por tanto, al acto administrativo impugnado. Desde esta perspectiva, lo que se está planteando es que la densidad del control del Tribunal administrativo de recursos contractuales dependerá del alcance de la discrecionalidad ejercida por el órgano de contratación, pudiendo el Tribunal requerir los informes y pruebas que precise para tomar una decisión. Con ello, puede reconocerse un cierto aval a la idea de que el control externo que representan estos Tribunales, por su carácter experto, pueda tener efectos sustitutorios.

Con todo, como hemos indicado, el régimen jurídico del recurso especial de contratación y el de los Tribunales administrativos sólo nos permite realizar ciertas reflexiones sobre la conveniencia de idear fórmulas específicas de control de la discrecionalidad técnica, en un ámbito especial como el que representa la

presunción de temeridad. En otros casos, el control de la discrecionalidad técnica consiste en constatar por el Tribunal que no hay criterios técnicos suficientes para apreciar correctamente la oferta, puesto que los criterios más generales precisan de la identificación de subcriterios, de forma que el Tribunal sólo llega a anular la adjudicación y retrotraer el procedimiento de licitación hasta el momento de fijación de estos criterios (véase Resolución del Tribunal Central de Recursos contractuales núm. 14/2013, de 17 de enero).

contratación del sector público, asumiendo que cualquier propuesta más concreta debe plantearse en el nivel de *lege ferenda*, pues la realidad, y el diseño del recurso impiden ir más lejos: baste pensar, como ejemplos de las dificultades de esta propuesta, que estamos ante un recurso potestativo, que, por tanto, puede no plantearse, reconduciéndonos al sistema de recursos administrativos ordinarios; o que sería necesario concretar las posibilidades de una ulterior revisión judicial de las decisiones de los Tribunales que pudieran tener alcance sustitutorio.

En definitiva, y con ello concluimos, creemos que el recurso objeto de este Trabajo ofrece la oportunidad de dar relevancia a la posibilidad del control experto, y, en cierta medida, externo, de un tema tan complejo para el Derecho Administrativo como el de la discrecionalidad. La pretensión no es otra, pues, que poner de manifiesto que la regulación del recurso y de los Tribunales administrativos nos permiten abordar el control de la discrecionalidad técnica de forma diversa, a fin de poder superar las limitaciones del control de la misma en sede judicial. Es claro que el objeto del recurso no es el control de la discrecionalidad, pero no puede obviarse que el ejercicio no razonable de la misma acaba poniendo en riesgo la tutela precontractual que ofrece el recurso especial, de ahí que la novedad de la misma en nuestro Ordenamiento nos lleve a plantear una construcción complementaria del control de la discrecionalidad técnica. En todo caso, el análisis de las Resoluciones de los Tribunales Administrativos sí permiten reconocer una posición intermedia para la capacidad de control de dichos Tribunales, en la medida en que estos sí están legitimados para establecer criterios en cuya virtud pueda reducirse la discrecionalidad técnica, abriéndose, así, el camino hacia el control experto propuesto.

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, M., *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

BAÑO LEÓN, J. M^a, “El contencioso precontractual: insuficiencias de la tutela jurisdiccional”, (Dir. R. Gómez-Ferrer Morant), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

BARNÉS, J., “Una nota sobre el análisis comparado: a propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa, AA.VV., en *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Madrid, Civitas, 1996.

CANALES GIL, “Artículo 13”, en en L. PAREJO ALFONSO/ A. PALOMAR OLMEDA, (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

CARLÓN RUIZ, M., “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del Ordenamiento Jurídico”, en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 5^a ed., Civitas, Madrid, 1994.

DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.

DÍEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

ESCARTÍN ESCUDÉ, V., Voz “Principios generales de la contratación pública”, (Dir. J. Bermejo Vera) en, *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009.

GÁLVEZ RUÍZ, M^a. V., “La discrecionalidad de los órganos de contratación”, AA.VV., en, *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Madrid, Civitas, 1996.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Jurisprudencia europea y recurso especial de contratación, en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 117, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 7^a ed., Civitas, Madrid, 1996.

GARCÍA DEL RÍO, L., “El control judicial de la discrecionalidad técnica: los procedimientos de selección del personal al servicio de las

Administraciones Públicas”, AA.VV., en, *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Madrid, Civitas, 1996.

GIMENO FELIÚ, J. M^a., *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: alcance y efectos prácticos*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

- “Directiva de Servicios y contratación pública”, (Ed. E. Moreu Carbonell), *El impacto de la Directiva Bolkestein y la Reforma de los Servicios en el Derecho Administrativo*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XII, Gobierno de Aragón, 2010.

- “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP: Luces y sombras”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008, mayo-agosto.

MARTÍN-RETORITILLO BAQUER, L., “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria de «recursos»”, *Revista de Administración Pública*, núm. 185, 2011, mayo-agosto.

MEILÁN GIL, J.L., *Una aproximación al Derecho Administrativo global*, Global Law Press, Sevilla, 2011.

- *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

MORENO MOLINA, J.A., “Reciente evolución del Derecho Comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000, Comisión contra España”, (Coord. J. M^a Gimeno Feliú) en, *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004.

MUÑOZ MACHADO, S., “Los principios del Derecho de la Regulación: la actividad de las Agencias y su control”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20, 2009.

NOGUERA DE LA MUELA, B., Voz “Directivas Comunitarias”, (Dir. J. Bermejo Vera), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009.

- “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE por la que se modifica la Directiva

89/665/CEE”, (Ed. J. M^a Gimeno Feliú) en, *El Derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, X, Gobierno de Aragón, 2008.

PIÑAR MAÑAS, J.L., “El Derecho Comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos” (Dir. R. Gómez-Ferrer Morant), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

RIVERO ORTEGA, R., *Introducción al Derecho Administrativo Económico*, 2^a ed., Ratio Legis, Salamanca, 2001.

SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 7^a edición, Tecnos, Madrid, 2011.

TORNOS MAS, J., “Discrecionalidad e intervención administrativa económica”, AA.VV., en, *Discrecionalidad administrativa y control jurisdiccional*, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Madrid, Civitas, 1996.

QUINTA PARTE
CRISIS Y TRANSFORMACIONES DEL
DERECHO PÚBLICO

DERECHOS Y PRESUPUESTOS: EN BUSCA DEL EQUILIBRIO

Antonello Tarzia

Profesor titular de Derecho público comparado
Universidad LUM Jean Monnet de Casamassima

I. PRÓLOGO: LA VIEJA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS CONDICIONADOS

Corría el año 1990 cuando la Corte Constitucional Italiana utilizó expresamente por primera vez el grupo nominal «derechos constitucionales condicionados»¹, haciendo hincapié al derecho a la salud, que de conformidad con el art. 32 Constitucional debe considerarse «un derecho primario y fundamental ... que exige plena y exhaustiva garantía»². Sin embargo, alegó la Corte, mientras que el derecho a la salud es un derecho *erga omnes*, inmediatamente protegido por la Constitución frente a comportamientos ilícitos³, «el derecho a las prestaciones sanitarias queda subordinado a la “determinación de los instrumentos, de los tiempos y de las modalidades de realización” por parte del legislador ordinario»⁴.

En la circunstancia aludida, la Corte añadió que el derecho a prestaciones sanitarias, fundamentado en normas constitucionales programáticas, era de considerarse «un derecho constitucional condicionado a las opciones legislativas del Parlamento en su contrapesar varios intereses protegidos por la Constitución,

¹ Corte const., sent. 455/1990; un comentario al tema por PINELLI, C., *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, 1994, ahora en ID., *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 269 y ss.

² En la sentencia en cuestión la Corte hizo un reenvío explícito a sus previos fallos n. 992/1988, 88/1979, 184/1986, 559/1987, 1011/1988, 98 y 307 de 1990.

³ Corte const., sent. n. 88/1979, 184/1986 y 559/1987.

⁴ Corte const. sent. n. 142/1982, 81/1966, 112/1975, 104 y 175 de 1982, 212 y 226 de 1983, 342/1985, 1011/1988.

teniendo en cuenta los vínculos objetivos que al legislador se imponen al momento de optar por las varias alternativas de destinación de recursos organizativos y financieros limitados⁵».

Al tiempo, la Corte ninguna mención hizo del derecho europeo; y la referencia a la esfera administrativa quedaba implícita en la argumentación.

En los años venideros, la perspectiva analítica de “los derechos financieramente condicionados” se consideró por la doctrina inútil y mal planteada por razón de hacer hincapié en la relación entre normas constitucionales y normas de rango ordinario, esto es en la natural distancia conceptual entre normas definitorias del orden constitucional y normas para la concreta y contingente realización de aquél. Por ello, no suscitaba gran dificultad aceptar la connatural *auto-limitación* da la Corte Constitucional en las legítimas opciones legislativas de Gobierno y Parlamento.

Lo que entiendo sostener en este artículo es que una nueva perspectiva de análisis del tema se impone, muy diferente de la tradicional y sobresaliente “reserva del posible”⁶, debido a dos razones, que van revolucionando el derecho constitucional-administrativo.

1) La privatización de las relaciones entre el ciudadano y la administración, provocada por la “sociedad de derecho privado” que la filosofía ordoliberal de derivación fisiocrática subyacente en la construcción europea ha generado, acreditando a la economía como instrumento de racionalidad política⁷ y expropiando a la administración su misión de pacificación de los conflictos sociales.

⁵ Corte const., sent. 175/1982, 212/1983 y 1011/1988.

⁶ Doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional Alemán; de ella hizo uso también la Corte Constitucional Italiana desde los albores (sent. n. 103/1957; 175/1982; 1103/1988; 242/1989); cfr. CHELLI, E., *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, cit., 1789.

⁷ Sobre el tema, ver SOMMA, A., “La cittadinanza nella società del diritto privato”, *Politica del diritto*, núm. 3, 2008, p. 513.

2) La progresiva intensificación de las restricciones presupuestarias procedentes del nivel europeo – por último el Pacto Fiscal Europeo – que, por razón de la creencia religiosa en la racionalidad económica y en la posibilidad de tratar las relaciones entre personas y poderes públicos como si fueran variables de ecuaciones financieras, van a dibujar un nuevo tipo de Estado que definiría “avaro”. La cuestión que se plantea inevitablemente es la de la paulatina alteración de unos pilares del constitucionalismo y del alma de las Constituciones.

Muy compartida es la opinión de que la causa eficiente de la susodicha transformación es la Unión Europea; solución que por supuesto contribuye a lavar la conciencia de los Gobiernos nacionales, que corresponde a parcial verdad y que todavía no me persuade completamente. De manera absolutamente incongruente, por un lado se considera a la Unión como una mónada originaria, como si se tratara de un organismo que vive conforme a sus propias leyes biológicas; por otro lado, en cuanto se invoque la artificialidad y la tecnocracia del edificio europeo, se olvidan siglos de *jus commune* y se deniega la irrefutable existencia de principio generales del derecho europeo – tanto en el derecho civil cuanto en el derecho público – que migraron de un ordenamiento a otro antes y después de la estatización del derecho⁸.

Entramos así en la cuestión de *¿Qué es la Unión Europea del tiempo presente?* Tratase de un «tembloroso y exigente problema» diría Borges, tanto más grave cuanto que se piense en la incapacidad de las instituciones políticas europeas de enfrentar la crisis y trazar una línea de evolución del derecho administrativo europeo en que se pueda vislumbrar el nexo efectivo entre el rigor financiero y la maduración de aquella ciudadanía europea que nunca hemos vivido con exaltación.

⁸ G. IUDICA menciona por ejemplo a los principios de *pacta sunt servanda*, *in pari causa turpitudinis, inadimplenti inadimplendum*, *autonomía contractual*, *relatividad de los efectos contractuales* (en *Per un diritto europeo di principi generali*, en AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. III, Milano, Giuffrè, 1995, p.1971 y ss., esp. 1981).

Esto probablemente porque en la edificación de la ciudadanía europea no se vislumbra aquella parábola ascendente, procedente desde abajo del orden social hacia arriba, que Thomas H. Marshall teorizó como manifestación de la emancipación de la persona. La elaboración de las generaciones de derechos sucesivas a la primera pasó propio por la superación de la dimensión individualista del tiempo de la Ilustración a favor del posicionamiento del individuo y sus derechos dentro de una dimensión comunitaria. Por cierto no se puede disimular que hoy en día predomina el mercado como dimensión comunitaria del individuo-consumidor y que, en todo esto, la Unión Europea parece un barco que anda desorientado en una deriva sin rumbo fijo, a la búsqueda de un descanso temporáneo aunque no resolutivo.

Esta imagen, quizás demasiado literaria, colisiona con la territorialidad y el cierre en si mismo del derecho administrativo⁹, cuya filiación del Antiguo Régimen y cuyo ADN autoritario Alexis de Tocqueville ilustró magistralmente¹⁰, sin poder prever, al tiempo, que a través de la misma especialidad del régimen de la administración se produciría en los siglos venideros la progresiva expansión de los derechos y su efectiva realización; tampoco imaginable era la colosal transformación de los sistemas administrativos europeo-continentales inducida por el derecho jurisprudencial europeo, al final tan incomodo a Inglaterra y su *common law*.

Por cierto dificultades e incongruencias derivan del diferente estadio de maduración del tal derecho administrativo supranacional, que no ha podido ajustarse como centro de equilibrio entre autoridad y libertad, por razón de su estructura multipolar, de su singular método de edificación y de la naturaleza

⁹ J. RIVERO en 1978 sostuvo que «los derechos administrativos de los Estados miembros, corolarios inmediatos de la soberanía nacional y de las especificidades históricas, menos que otras disciplinas jurídicas pueden fundamentarse en la uniformidad», citado por CHITI, M. P., *Diritto amministrativo europeo*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, p.137.

¹⁰ Sobre el punto, CASSESE, S., *Tocqueville e il diritto amministrativo*, in ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 111 y ss.

de sus estatutos y destinatarios – en gran medida los Estados –: un derecho administrativo sin Estado –, según la célebre definición de Sabino Cassese¹¹ – que orbita en torno al individuo y sus derechos en una contradictoria dinámica de atracción-repulsión por fundamentarse en una teoría económica históricamente determinada y en la dimensión comunitaria del mercado, al punto que por largo plazo, hasta cuasi el final del siglo XX, su existencia ha sido estrenuamente contestada por la más autorizada doctrina por no corresponder a las categorías de edificación de los sistemas administrativos nacionales.

La realidad contemporánea es diferente. La progresiva “europeización” del derecho administrativo estadual es irrefutable, lo que impone de tratar el tema de los derechos en una perspectiva que tenga en debida cuenta como tal “revolución” administrativa europea impacta a la organización y a las funciones administrativas, así como a las decisiones “políticas” en materia de recursos financieros.

No obstante la organización territorial de los Países miembros de la Unión Europea permanezca dentro de las más íntimas manifestaciones de soberanía de los Estados, la teoría económica subyacente en la creación de la moneda única se fundamenta en la necesidad de coordinar las finanzas públicas nacionales, dirigiéndolas a cumplir con objetivos presupuestarios cuya mancada realización aniquilaría toda posibilidad de realizar el objetivo prioritario de la UEM, esto es la estabilidad de precios, a alcanzar por medio de la centralización a nivel europeo de la política monetaria.

Las políticas fiscales nacionales, por lo tanto, están dirigidas al cumplimiento de objetivos muy rigurosos de procedencia europea (deuda pública en porcentaje del PIB abajo del 60%; déficit público en porcentaje del PIB abajo del 3%; objetivo de

¹¹ CASSESE, S., “Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 3, 2004, p.657 y ss, e ID., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, Bologna, 2008.

realización de superávit; y, consecuentemente, prohibición de políticas de *deficit spending*) desde el establecimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en 1997. La crisis de los últimos años ha determinado nuevos Tratados en 2011 y 2013 y ulterior legislación europea derivada para el fortalecimiento de normas y mecanismos de supervisión presupuestaria por parte de la Unión, lo que ha limitado ulteriormente las opciones de finanzas públicas de los Estados¹².

El acontecimiento del real alcance de la transformación ha ocupado maestros como Sabino Cassese, quien bien ha dibujado la pérdida de “señorío exclusivo” del Estado sobre su propio territorio y la contemporánea apertura “lateral” de los sistemas administrativos nacionales, que por medio de la técnica de la “equivalencia funcional”¹³ absorben normas y principios elaborados en otros sistemas.

Así hemos pasado de la “natural” comunicación entre sistemas administrativos separados pero con la circulación de normas y principios, lo que siempre ha constituido el principal factor de transformación de los sistemas jurídicos (como señaló un gran comparatista del siglo pasado, Alan Watson), a una situación diferente, de mutua imbricación y vinculación de sistemas administrativos nacionales conexiónados como vasos comunicantes.

Asistimos entonces a un progresivo acercamiento de los sistemas jurídico-administrativos, que ofrecen soluciones homogéneas a problemas comunes. Solo que, hoy dista mucho de corresponder a la verdad el consolidado asunto de la comparación jurídica de

¹² Para un análisis detallado de la imbricación entre política monetaria (de pertenencia del nivel europeo) y política fiscal (de pertenencia del nivel nacional) ver TARZIA, A., “Moneta, stabilità finanziaria e politiche di bilancio” (G.F. FERRARI), in *Diritto pubblico dell'economia*, Egea, Milano, 2013, p.391 y ss.

¹³ Principio germinado de las sentencias *Dassonville* (Tribunal de Justicia, sent. 11-7-1974, asunto 8/74, *Benoit et Gustave Dassonville*) y *Cassis de Dijon* (sent. 20-2-1979, asunto 120/78, *Rene-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*) y pernio del *Libro blanco* de 1985.

conformidad con el cual los fines y los objetivos de un sistema jurídico y la mudanza de tales finalidades se levantan dentro de la sociedad, motivo por el cual «el derecho debe ser considerado como una especie de ingeniería social»¹⁴.

Otra cuestión es que si por un lado corresponde a la verdad la idea de que los ordenamientos jurídicos nunca se han configurado como mónadas aisladas, la comunicación y la mutua imbricación a nivel europeo es tan acentuada que hogaño se ocasionan fenómenos de libertad de elección del derecho aplicable con implicaciones mucho más profundas que el tradicional conflicto de leyes.

De tal manera, ha tomado nuevo vigor un fenómeno que el surgimiento del Estado nacional había confinado al derecho internacional privado; hoy la cuestión es cabalmente diferente porque lo que la Unión Europea como comunidad de derecho conlleva es la expansión del fenómeno del “arbitraje normativo”¹⁵ también en las áreas del derecho constitucional y administrativo, tradicionalmente excluidas.

Con respecto a las manifestaciones del fenómeno, por ejemplo con relación al principio de libre circulación y a la libertad de establecimiento, se pueden configurar dos sendas diferentes en cuanto se pueda invocar la dimensión comunitaria de la actividad:

- a) Ámbitos fuertemente armonizados, en el cual caso el ciudadano europeo intenta realizar las condiciones para la aplicación de la regulación europea;
- b) Ámbitos de armonización mínima: en tal circunstancia pueden tomar cuerpo cuatro hipótesis diferentes:
- c) El ciudadano del Estado X, se establece en el Estado Y, con aplicación del derecho de Y;

¹⁴ ZWEIGERT, K., KOTZ, H., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 52.

¹⁵ Sobre el tema v. GULLO, N., “L’abuso del diritto nell’ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto”, *Ragion pratica*, núm. 24, 2005, p. 181 y ss.; GNES, M., *La scelta del diritto*, Giuffrè, Milano, 2004.

- d) El ciudadano del Estado X, se establece en el Estado Y, con aplicación del derecho de su Estado de origen;
- e) El ciudadano del Estado X, se establece en el Estado Y, con aplicación del derecho del Estado Z donde ha establecido la sede de su empresa o la producción;
- f) El ciudadano del Estado X, establece su empresa en el Estado Y, y vuelve a su País con aplicación del derecho del Estado Y.

La sensación es que el acercamiento de los sistemas administrativos, al revés que exaltar las potencialidades del constitucionalismo multinivel, se acompaña a un paralelo alejamiento de los derechos – y no solo de prestación – por razón de que los sistemas nacionales se lanzan en una carrera de mínimos como solución entre la primacía europea del mercado y el alma social de las Constituciones nacionales, así provocando una indebida jerarquización de sus principios y un vaciamiento de la capacidad del derecho administrativo de proporcionar aquel histórico equilibrio entre autoridad y libertad.

El arbitraje normativo de hecho induce a los operadores económicos a buscar los sistemas nacionales que garantizan menores cargas (tributarias, asistenciales, administrativas), al límite del “abuso del derecho” y hasta el punto que, considerado el recato con el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea maneja el tema, el fenómeno del arbitraje normativo cesa de presentarse como típico del derecho internacional privado pasando a concernir al derecho público y a la pública administración. Eficazmente se dijo que el derecho administrativo «de simple lugar para realizar arbitrajes normativos, se convierte en el verdadero objeto de los mismos (es decir, en un conjunto de reglas ofrecidas en el mercado)»¹⁶.

La complejidad de la cuestión exige el previo reconocimiento de la causa eficiente de la desvalorización de varios géneros de derechos que con fatiga los sistemas de la Europa continental han ido realizando a lo largo del siglo XX, al fin de establecer si la causa de

¹⁶ M. GNES, *La scelta...op.cit.*, p. 200.

tal radical transformación es el Tribunal de Justicia de la UE, con su jurisprudencia “mercadista”; las instituciones políticas europeas; o más bien las instituciones políticas nacionales que optan por atarse las manos por falta de visión política y de capacidad decisoria.

Anticipo que el menos culpable es el Tribunal de Justicia.

II. DERECHOS Y CIUDADANÍA EUROPEA

Los dogmas de teoría económica que en los últimos años han dominado el proscenio europeo han revelado su inadecuación frente a la crisis, y la provocada erosión de categorías de derechos ha manifestado corolarios de sustancia constitucional de gravedad extraordinaria por patentizar, finalmente, la imposibilidad de separar lo económico de su entramado social, tal y como había presagiado Karl Polanyi.

Sin embargo, se percibe nítidamente la difícil coexistencia del predominio del mercado con la “cultura constitucional”¹⁷ de la Europa occidental que con sus políticas sociales y redistributivas animó gran parte del siglo pasado. De aquella cultura constitucional se alimentó también el proceso de construcción europea, como testimonian obras de juristas como Antonio La Pergola conformadas por visión ideal, centralidad de los derechos, conciencia del problemático impacto del derecho comunitario sobre el derecho constitucional nacional.

Es del todo evidente que hogaño el debate es por completo diferente. El léxico utilizado contempla básicamente términos como *spread*, *déficit*, *unión bancaria*, *gasto público*, y puede aparecer paradójico – o al contrario, explicativo – que Europea enfrenta la

¹⁷ Habla de “cultura constitucional”, con referencia «al conjunto de convicciones, formalizado por las ciencias jurídicas y políticas, y en vario modo interiorizado por la sociedad y las instituciones, sobre la misión que los poderes públicos pueden o deben desempeñar a favor de la sociedad, de sus articulaciones», FIORAVANTI, M., “Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali: l’esperienza del Novecento”, *Diritto e società*, núm. 4, 2012, p. 617.

peor crisis de las últimas décadas cuando todos hemos convertido en economistas.

Recientemente, los periódicos han publicado la noticia de que los cuatro Países europeos más prósperos amenazan con limitar la protección ofrecida por el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad a los trabajadores inmigrantes procedentes de la Europa del Sur o del Este. Alemania, Reino Unido, Austria y Países Bajos han manifestado la intención de enviar una carta a la Comisión Europea en la cual formalizar el rechazo a la apertura de las fronteras laborales en contra a los inmigrantes de Rumania y Bulgaria, a los cuales la Unión otorgará el derecho a trabajar libremente en todo el territorio europeo a partir del primero de enero de 2014, sin necesidad del especial permiso precedentemente necesario.

Lo que concretamente se amenaza es una restricción al acceso a servicios públicos, ayudas y prestaciones sociales para los inmigrantes procedentes de los Países más pobres. Lo que parece escandaloso es que en tiempo de crisis, y ahora que no es tan conveniente realizar inversiones en Países como Rumania y Bulgaria, cuando finalmente la solidaridad debería suceder al beneficio económico realizado por años en estos Países, las cuatro Naciones mencionadas pretenden no corresponder bienes y servicios, encerrando la puerta de sus administraciones.

Teniendo en cuenta su ardua edificación sobre los pilares de la no discriminación y de la intangibilidad del principio de libre circulación de las personas y de capital, la Unión Europea parece hoy en una encrucijada, entre la prosecución del camino hacia la integración a través de los derechos, cabalmente emprendido con la Carta de Niza del año 2000, y la denegación de los principios en ésta consagrados por utilizar los efectos de la crisis como justificación de la abierta denegación de la ciudadanía europea.

Sin embargo, ésta padece su origen como “ciudadanía de mercado”¹⁸, por su estar fundamentada en el postulado del ciudadano-consumidor que solo necesita acceso a la información, y por haber subordinado e interpretado varias clases de derechos, incluso los vinculados con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, de conformidad con el principio del libre acceso al mercado. En esta “sociedad del derecho privado”, la lucha a la marginación y a la exclusión se reduce a predisponer las condiciones económicas potenciales para una mayor prosperidad.

Dije anteriormente que el menos culpable es el Tribunal de Justicia, que más bien en los últimos años en varias ocasiones ha intentado crear una ciudadanía social, un sistema de derechos sociales en ausencia del Estado, en el marco del estricto margen que los Tratados le reconocen.

El pecado original está en la filosofía de fondo que animó a la creación de la Comunidad Económica Europea y su “frigidez en materia social”, según cualificación dada por un ilustre jurista italiano¹⁹: la base teórica fue la separación entre lo económico – encomendado al naciente sistema comunitario – y lo político-social, que permanecía en sistemas nacionales de herencia bismarckiana²⁰: una separación al nacer de matriz “ordoliberal”²¹

¹⁸ EVERSON, M., “The Legacy of the Market Citizen”, AA.VV. (Coords. J. SHAW, G. MORE) in, *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Oxford U.P., 1995, p. 73-90.

¹⁹ MANCINI, G. F., “Principi fondamentali di diritto del lavoro nell’ordinamento delle Comunità europee”, AA.VV., in, *Il lavoro nel diritto comunitario e l’ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 1988, p. 26.

²⁰ Sobre el tema, de manera exhaustiva, GIUBBONI, S., *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012.

²¹ En tal sentido, GIUBBONI, *Diritti e solidarietà...* op.cit., p. 37 y ss., e ID., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, il Mulino, Bologna, 2003, p.165 y ss; JOERGES, J., “A New Alliance of De-legalisation and Legal Formalism? Reflections on Responses to the Social Deficit of the European Integration Project”, *Law Critique*, 2008, p.235 y ss, and ID., “What is Left of the European Economic Constitution?”, *European Law Review*, 2004, p. 461 y ss.

como tercera vía entre socialismo y liberalismo económico de matriz neo-clásica, fundamentada teóricamente en la denegación por la Escuela de Friburgo de la interdependencia entre el orden económico y la dimensión social de la ciudadanía. Según teorizó Alfred Müller-Armack, «al Estado se atribuyen potestades solo en cuanto necesarias a defender el funcionamiento del mercado»²², así el sistema comunitario nació y ha venido desarrollándose en la perspectiva de que la acción pública se justifica solo para corregir la falencia del mercado; quedando muda la teoría sobre la no mecánica concomitancia de la eficiencia del mercado con la justicia y equidad social.

Venturosamente, de la equidad social se ocuparon, por un lado, los “Gobiernos grandes” con su activismo en la economía; por otro lado, los Tribunales Constitucionales parificando, en cuanto fundamentales, los derechos sociales a los civiles y políticos²³. La dificultad de los días presentes se radica propio en la supeditación de los instrumentos utilizados para la edificación de la ciudadanía social – esto es, la administración y la jurisprudencia constitucional – al integrismo del mercado, con la funcionalización del derecho a ello.

El avance de la integración europea con la creación de la Unión Económica y Monetaria ha determinado el anacronismo de la separación originaria entre el mercado (encomendado al nivel europeo) y la dimensión social de la persona (dejada a la tutela de las Constituciones y administraciones nacionales). La política monetaria es centralizada a nivel europeo; las políticas fiscales permanecen a nivel nacional, pero quedan “bajo tutela”; y en todo ello se percibe que los criterios decisorios son dominados por la lógica neo-corporativa de la representación de los intereses económicos.

²² MÜLLER-ARMACK, A., *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (1946), Kastell Verlag, München, 1990, p. 116 y ss.

²³ Con referencia al caso italiano, ver SCOGNAMIGLIO, R. (coord.), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, y ANDREONI, A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.

La sensación es que nadie sabe cómo enfrentar tal anacrónica separación. Después del fracaso del Tratado constitucional – idea absurda en sí misma – lo único que se ha propuesto proponer es la continuación en la vía del rigor presupuestario, lo que exactamente impacta en los sistemas nacionales: la cuestión se convierte entonces en la posibilidad de escapar a la parálisis interna que tal planteamiento parece implicar.

Lo anterior comprueba la *actual* falta de visión política y de propuestas económicas alternativas o como mínimo menos intransigentes, respecto a la cual por cierto el Tribunal de Justicia no tiene responsabilidad. Sin embargo, cabe destacar que con una consistente jurisprudencia activista el Tribunal ha declarado incompatible con el ordenamiento comunitario una serie de medidas nacionales en materia de relaciones laborales, sistema nacional de seguridad social, organización del sistema de asistencia sanitaria, educación universitaria (vale decir, ámbitos tradicionales de la administración prestacional), llegando, por ejemplo, a imponer «una cierta solidaridad económica [entre los Estados], en particular si las dificultades que atraviesa el beneficiario del derecho de residencia tienen carácter temporal»²⁴, esto es invirtiendo la carga de la prueba de la necesidad y proporcionalidad de la exclusión del extranjero de los derechos reconocidos a los nacionales (cabe recordar que el sistema europeo se edificó según el principio economicista de que solo el particular “económicamente activo”, es decir que contribuye a la producción económica de un País, podía disfrutar de las prestaciones sociales de ello).

De tal manera el Tribunal ha ido construyendo un sistema de solidaridad social sin Estado social²⁵, en una dimensión supranacional en la cual derechos y deberes no se complementan en la unidad de una comunidad política y constitucional solidaria;

²⁴ Tribunal de Justicia, sent. 20-9-2001, asunto C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve*.

²⁵ En tal sentido, ORLANDINI, G., “Libertà economiche e cittadinanza sociale europea”, (Coord. en E. PACIOTTI) in, *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, Roma, 2011, p. 79 y ss.

en cambio, la originaria “neutralización” de los derechos sociales, confinados en la dimensión territorial de la estatalidad, deja de tener sentido y, frente a una cierta regresión interna a los Estados en materia de derechos, a nivel europeo solo se realiza una «integración prevalentemente negativa».

Esto por razón de que la filosofía económica subyacente al edificio europeo continua a considerarse un dogma intangible por las instituciones políticas, que dejan al Tribunal – con su herramienta limitada – toda responsabilidad en avanzar en la protección de los derechos sociales. Aunque con prudencia, en varias ocasiones el Tribunal hizo su parte en manejar el Tratado como una Constitución, como cuando asentó que el actual artículo 21 TFUE, apartado 1, *directamente* «otorg[a] a los particulares derechos que éstos pueden alegar ante los tribunales nacionales y que éstos deben tutelar»²⁶ o cuando emprendió la obra de fundamentalizar los derechos de los estudiantes extranjeros comunitarios que ejercen la libertad de circulación *ex* art. 18 TFUE a las prestaciones sociales ofrecidas a los alumnos nacionales²⁷. El inconveniente es que tratase de una fundamentalización a través de los derechos económicos, y por lo tanto limitada.

Debemos entonces buscar en otra dirección, esto es a nivel nacional.

III. PRESUPUESTOS Y CONSTITUCIONES

Una revolución escondida es en acto.

Por razón de una supuesta constricción procedente del Pacto Fiscal Europeo²⁸, varios Países han modificado sus Constituciones

²⁶ Tribunal de Justicia, sent. 17-9-2002, asunto C-413/99, *Baumbast*, R. c. *Secretary of State for the Home Department*, donde ha replicado la formulación dada en la sent. 4-12-1974, asunto 41/74, *Yvonne van Duyn* c. *Home Office*.

²⁷ Tribunal de Justicia, asunto *Grzelczyk*, cit.

²⁸ En el caso italiano, una gran controversia ha sido suscitada por la carta enviada por los Gobernadores del BCE Trichet (saliente) y Draghi

santificando el principio del equilibrio financiero, a realizar a través de recortes presupuestarios tal vez muy rígidos. Lo que todavía demuestra la profundidad de una páginas memorables del siglo pasado, como las de J. Schumpeter en las cuales destacaba que «[l]as finanzas públicas son uno de los mejores puntos de partida para el estudio de la sociedad, especialmente – pero no únicamente – de su vida política»²⁹; contemporáneamente, de tal manera se ponen en olvido páginas asimismo memorables de doctrina constitucional – desde el siglo XIX – cuanto a la relación del presupuesto con la formas de gobierno y del Estado³⁰.

La cuestión es que desde cuando se tomó conciencia de la “crisis fiscal de Estado” – según la célebre formulación dada por el marxista James R. O’Connor en los setentas del siglo pasado –, esto es, de que el gasto público crece más rápidamente de los ingresos destinados a financiarlo, un montón de estudiosos de las finanzas públicas han teorizado la reducción del gasto y del endeudamiento público. Tal enfoque, cuando se concretiza en reglas jurídicas rígidas y duraderas, asume la definición de “constitucionalismo fiscal”, lo que confiere a la teoría un aura de sacralidad asumida como manifestación bíblica por los arquitectos de la Unión Económica y Monetaria.

Por no desvelar la falta de dimensión ética del equilibrio presupuestario, tal vez se recurre a otro postulado que enuncia que del rigor financiero depende la garantía de los derechos de las generaciones futuras (en la perspectiva que Häberle ha

(entrante) al Gobierno italiano, de conformidad con la cual «[a] constitutional reform tightening fiscal rules would also be appropriate».

²⁹ SCHUMPETER, J., *The crisis of the Tax State*, 1918, publicado posteriormente en *International Economic Papers*, núm. 4, 1954, p. 5 y ss.

³⁰ Piénsese en JELLINEK, G. «a la teoría jurídica y política del Estado constitucional es consustancial la profunda comprensión de la relación entre Gobierno y Parlamento en materia de funciones económicas del Estado» (*Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage* (1887), Scientia, Aalen, 1964, trad. it. por FORTE, C., *Legge e decreto*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 225).

denominado “derecho constitucional generacional”) y en lo general se podría compartir esta postura con relación a algunos asuntos, por ejemplo la elevación de la tutela del medioambiente a objetivo primario de la acción administrativa.

La tentativa de teorización es todavía engañosa cuando con ella se pretende justificar la comprensión de los derechos de las generaciones actuales (al contrario, tutelar el medioambiente significa que de su mejor conservación aprovechan *también* las generaciones presentes). En cambio, a la luz de las teorizaciones actuales no tiene explicación convincente el despojo de los derechos de la generación presente con base en necesidades presupuestarias, por los siguientes asuntos:

- 1°. Se intenta contrapesar los derechos y las necesidades de generaciones incomparables: no sabemos exactamente cuáles serán los de la generación del siglo XXII; a lo largo del siglo XIX y por larga parte del siglo XX, por ejemplo, la tutela del medioambiente no era contemplada en ninguna Constitución simplemente porque no se sospechaba una tal erosión de los recursos naturales³¹; asimismo, nadie imaginaba que unos Tribunales Constitucionales habrían considerado el acceso a Internet un derecho fundamental para el desarrollo de la persona;
- 2°. No sabemos si, en la hipótesis de que la conservación de los recursos financieros se realice, los Parlamentos y Gobiernos futuros entenderán ponerlos a disposición de las generaciones a ellos contemporáneas; asimismo, no sabemos si tal ahorro será suficiente o, al revés de incidencia mínima en lo que resultará necesario;
- 3°. No existe ningún modelo económico que pueda asegurar la sobrevivencia de tal ahorro en el futuro de largo plazo; podría por

³¹ Piénsese en el célebre libro, publicado en 1972, *The Limits to Growth: A report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, por D.H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, W.W. BEHRENS III. Los autores denunciaron la erosión de los recursos naturales, la devastación medioambiental y la insostenibilidad del modelo de desarrollo económico del tiempo. El libro suscitó debates y disputas; cierto es que preserva su actualidad.

ejemplo verificarse una crisis o una catástrofe que en unos meses aniquilará lo que se ha ahorrado por décadas.

Por tal razón parece que la problemática debería ser planteada en la perspectiva de las necesidades del género humano y de los deberes de todas generaciones, presentes y futuras. Esto es que la perspectiva intergeneracional debería desarrollarse con relación a temas de gran calado ético (xenotransplantes, manipulación del ADN, reproducción asistida, testamento biológico) o que imponen al desempeño de funciones administrativas (conservación de los recursos naturales, urbanismo para una vivienda digna y adecuada), lo que requiere para nada el equilibrio presupuestario³². Cuestión cabalmente diferente es la de la *eficiencia* de la administración, ésta sí necesaria, que tampoco implica equilibrio presupuestario³³.

Quizás por estos asuntos deberíamos pedir a los filósofos más que a los paladinos del neoliberalismo económico o a los teóricos del constitucionalismo fiscal. Al respecto, parece contundente, y sorprendente, la carta que en el 2011 ocho grandes economistas – entre ellos Robert Solow y Kenneth Arrow – enviaron al Presidente Obama y al Congreso de EE.UU, para sensibilizar sobre los peligros que llevarían a la economía normas rígidas sobre el equilibrio presupuestario.

La verdad es que la teoría del *tax smoothing* es formulada con relación a la incidencia de ciertas políticas públicas de ahorro sobre los mercados, no sobre los derechos. Sin embargo, de esta teoría derivan cortapisas muy rígidas a los Estados en las decisiones presupuestarias. No quiero todavía profundizar el tema en la perspectiva de la teoría económica; en cambio, parece útil en

³² En tal sentido también PISAURO, G., *La regola costituzionale del pareggio di bilancio e la politica fiscale nella Grande Recessione: fondamenti economici teorici e pratici*, 2012, en www.fondazionebrunovisentini.eu.

³³ Sobre el tema, v. TARZIA, A., “¿La eficiencia económica del Estado como sustituto de la ética pública convencional? Perspectivas del derecho italiano y europeo”, *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, núm. 31, 2008, p.11 y ss.

este lugar explicar las consecuencias de los dogmas económicos contemporáneos en la sustancia constitucional y su impacto en la administración.

En concreto y en orden de de firmeza del principio del equilibrio presupuestario, procedemos en el análisis de las recientes modificaciones en las Constituciones Húngara, Española e Italiana. Sin querer en ningún caso equiparar Constituciones cuyo contenido democrático es incuestionable a la Húngara, muy controvertida y censurada por la Unión Europea y el Consejo de Europa, parece importante patentizar la estrecha línea de separación entre el control presupuestario como regla constitucional y, en cambio, su santificación a principio “monetarista” supremo, más allá del principio de buena administración que aun impone eficiencia y economía en el desempeño de la actividad administrativa.

1. La nueva Ley Fundamental Húngara

La Ley Fundamental de 25 de abril de 2011³⁴, considerada fascista por varias partes, prevé paralizantes restricciones en los artículos de 36 a 44. En síntesis, el art. 37 establece que los poderes públicos no pueden asumir alguna obligación financiera o deuda que implique un crecimiento de la deuda pública por encima del límite de la mitad del PIB³⁵.

Supóngase que una ley encomiende a la administración la realización de un determinado derecho, y por simplificar admitimos que sea un derecho de prestación; luego, como es natural en un ordenamiento jurídico democrático, el Tribunal Constitucional podría sancionar la inconstitucionalidad de la ley en cuanto por su formulación excluya irrazonablemente una o más categorías de los beneficios de la acción administrativa. En la terminología italiana, se trataría de una “*sentenza additiva*”, que

³⁴ Un comentario exhaustivo en el libro coordinado por FERRARI, G. F., *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Giappichelli, Torino, 2012.

³⁵ Ver, *amplius*, TARZIA, A., “La Costituzione finanziaria”, (G.F. FERRARI) in, *La nuova Legge.. op. cit.*, p.141 y ss.

ampliaría el ámbito de la acción administrativa a los sujetos excluidos por la ley, aumentando el gasto público (ya que no solo las leyes, si bien los fallos de los tribunales “cuestan”, así como un referéndum, una sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, un reglamento de la Unión Europea);

Para protegerse de tal eventualidad, el legislador constitucional húngaro ha establecido en el mismo art. 37 un límite al parámetro de control de constitucionalidad, que se constriñe de manera preocupante en caso de deuda pública por encima de la mitad del PIB: bajo tales circunstancias, de las leyes que producen gasto o que implican un ahorro de recursos públicos, solo se puede controlar la constitucionalidad por violación del derecho a la vida, de la dignidad humana, del derecho a la protección de los datos personales, de la libertad de manifestación del pensamiento, de la conciencia y del credo religioso, y de los derechos vinculados a la ciudadanía húngara. Además, las emendas a la Ley Fundamental embargan expresamente el poder de control de la Corte sobre las leyes aprobadas en estados de emergencia financiera también para el futuro, una vez que la emergencia se haya acabado.

Este planteamiento deniega la legitimación de los Tribunales Constitucionales a desempeñar su función *countermajoritarian*: de tal manera se elimina a la raíz la *countermajoritarian difficulty* – formula elaborada como es bien sabido por Alexander Bickel³⁶ – y se deja todo en las manos de la mayoría parlamentaria contingente. Con el agravante de que unas emendas a la Ley Fundamental³⁷ han reducido ulteriormente el ámbito material del control por la Corte Constitucional, que puede sancionar la inconstitucionalidad de las revisiones constitucionales solo con relación a los aspectos estrictamente procedimentales.

Por último, se va más allá de los pilares del constitucionalismo disponiendo, al art. 44 Constitucional, que la ley de presupuesto es

³⁶ BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1962.

³⁷ Ver. LUBELLO, V., *Ungheria. Flusso di modifiche alla Legge fondamentale*, en DPCE online 2013-2, en www.dpce.it

subordinada al visto bueno del Consejo de Presupuesto, un órgano técnico compuesto por el Presidente del Banco Central y por el Presidente del Tribunal de Cuentas. La tendencia europea es la creación de Consejos fiscales o de estabilidad presupuestaria, como autoridades administrativas independientes del Gobierno y del Parlamento, para vigilar sobre los presupuestos. Esta es una auténtica demencia que los *Ministros de Economía y Finanzas nacionales* aprobaron como Consejo de Ministros europeos el 8 de noviembre de 2011³⁸: estos órganos o no servirán para nada o condicionarán la libertad política del Parlamento; y

¿Qué es del control de constitucionalidad llevado a cabo por la Corte, cuando se envuelven cuestiones financieras? – ¿Deberá el alto Tribunal pedir pareceres a tal órgano? – ¿Podrán los varios Tribunales Constitucionales aclarar la ilegitimidad de leyes que atribuyen derechos por violación de las restricciones presupuestarias?

2. El nuevo artículo 135 de la Constitución Española

En su nueva formulación, de 27 de septiembre de 2011, el art. 135 en los incisos de 1 a 4 establece:

1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

³⁸ Directiva 2011/85/UE (véanse, en lo específico, el considerando 16).

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

Las cuestiones que surgen de inmediato de la formulación del artículo son su pretendida naturaleza técnica, esto es *neutral*, con respecto al patrimonio de derechos involucrado en la Constitución, y su relación con el art.1, inc. 1, de conformidad con el cual «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»³⁹. Se debe cuestionar entonces si la constitucionalización del equilibrio presupuestario encierra el largo ciclo de Constituciones del segundo posguerra, puesto que fue un principio de la época liberal superado con el advenimiento del

³⁹ Hace un estudio pormenorizado del asunto MAESTRO BUELGA, G., “La costituzionalizzazione dell’equilibrio di bilancio nella riforma dell’art. 135 della Costituzione spagnola”, *Diritto e società*, núm. 4, 2012, p.669 y ss.

Estado social⁴⁰. Por cierto, la cuestión preponderante es la compatibilidad de la constitucionalización del equilibrio presupuestario con el principio ordenante del Estado social.

A pesar del debate acerca de la menos intensa configuración del principio ordenante⁴¹ en comparación con otras Constituciones como la Italiana, y de la connotación originaria de la CE como “Constitución de la crisis”⁴² con relación al contexto económico de los setentas en que se elaboró, no duda cabe que la Española pertenece a la familia de la Constituciones del Estado social. Y la idea de que el equilibrio presupuestario sea un concepto meramente técnico y neutral es claramente desmentida por la formulación de la exposición de motivos⁴³ de la reforma: «Más de treinta años después de la entrada en vigor de la Constitución, formando parte España de la Unión Económica y Monetaria

⁴⁰ Como enfatizó G. BOGNETTI en su larga obra, recientemente en “Costituzione e bilancio. Il problema delle spese in déficit”, *Nomos*, núm. 3, 2008, p. 17 y ss.

⁴¹ Sobre el tema ver G. MAESTRO BUELGA, *La costituzionalizzazione dell'equilibrio...* op. cit., p. 674-675.

⁴² En tal sentido MORISI, M., “Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la “crisis””, (Dir. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, A. PREDIERI) en, *La Constitución española de 1978*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 377 y ss., y también GALGANO, F., “Rapporti economico-sociali”, AA.VV., in, *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Forni, Bologna, 1978, p. 87 y ss.

⁴³ Preámbulos y exposiciones de motivos, si por un lado «carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad» (STC 150/1990, FJ 2), por otro lado tienen valor hermenéutico [«sin embargo, consideramos conveniente, en cuanto que los Preámbulos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes» (STC 36/1981, FJ 7); «a las Exposiciones de Motivos puede atribuírseles un valor hermenéutico» (STC 185/1995, FJ 6]; de manera contundente, en un voto particular el Juez Rodríguez-Zapata Pérez asentó que «las exposiciones de motivos o preámbulos son a las leyes lo que los prólogos a las composiciones literarias o las oberturas a las operísticas; el preámbulo anuncia la finalidad que persigue una Ley y es una herramienta muy útil para su interpretación» (STC 222/2006).

Europea, que consolida y proyecta sus competencias en el marco de una creciente gobernanza común, y siendo cada vez más evidentes las repercusiones de la globalización económica y financiera, *la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos. Un valor, pues, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos*».

Parece incuestionable y lógico que a una mayor libertad de manejar el gasto y la deuda pública corresponde una mayor flexibilidad en la modulación de la presión tributaria en el marco de un sistema informado al principio de progresividad que anima al Estado social. Y mientras que en la jurisprudencia de los albores el Tribunal Constitucional consideró que «[a]unque una definición válida de lo que debe entenderse por justo, a efectos tributarios, sería una tarea que rebasa el planteamiento que aquí hemos de hacernos, lo que no puede soslayarse es que el legislador constituyente ha dejado bien claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad. Es por ello – porque la igualdad que aquí se reclama va íntimamente enlazada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad – por lo que no puede ser, a estos efectos, simplemente reconducida a los términos del art. 14 de la Constitución: una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio. Precisamente, la que se realiza mediante la progresividad global del sistema tributario en que alienta la aspiración a la redistribución de la renta»⁴⁴; en el tiempo del Constitucionalismo monetarista, el Tribunal ha asentado que «La ausencia en la Constitución de una definición del modelo de sistema tributario aplicable y, por tanto, su indefinición, habilitan al legislador estatal para realizar su conceptualización jurídica en cada momento, entre diferentes alternativas, en atención a las circunstancias económicas

⁴⁴ STC 27/1981, FJ 4.

subyacentes y a las necesidades sociales a las que se pretenda dar cobertura. Es evidente que el constituyente no quiso definir el modelo de sistema tributario aplicable, ni tampoco restringir la acción del legislador más allá de los límites que le ha impuesto, dejándole un importante ámbito de posibilidades para configurar el sistema tributario y para articular cada tributo no sólo como un instrumento de recaudación, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la Constitución le impone»⁴⁵.

Y que los *fines* puedan resultar condicionados por la constitucionalización del equilibrio presupuestario así como reformulado en el art. 135 ha constituido motivo de interposición de recurso de amparo por un grupo parlamentario ante el Tribunal Constitucional, por haber las Cortes Generales sobrepasado los límites materiales a la reforma de la Constitución⁴⁶, y en todo caso por no haber utilizado el procedimiento agravado previsto en el art. 168 CE⁴⁷. El Tribunal ha rechazado tales argumentaciones declarando inadmisibile el recurso, asentando que fue correcto tramitar el proyecto de reforma por procedimiento de urgencia (art. 93 y 94 RC)⁴⁸. Implícitamente, según destaca parte de la doctrina⁴⁹, de tal manera el Tribunal ha aseverado la “lectura”

⁴⁵ STC 19/2012, FJ 3c.

⁴⁶ Ver sobre el punto ALAEZ CORRAL, B. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, BOE-CEPC, Madrid, 2000.

⁴⁷ Como asentado por el Juez Ortega Álvarez en su voto particular: «Sin embargo, aunque bien es cierto que no hay una afirmación en contrario, hubiese sido más acorde con la función de control y tutela de la Constitución que este Tribunal tiene encomendada el haber establecido expresamente una reserva de conocimiento y examen del contenido de las reformas constitucionales realizadas, para evitar que, presentada la reforma de una parte de la Constitución a la que formalmente correspondería el procedimiento del artículo 167 CE, materialmente se estuviese produciendo también una variación sustancial de las partes de la Constitución cuya reforma exige adoptar el procedimiento del artículo 168 CE».

⁴⁸ TC, auto 9/2012.

⁴⁹ *Ex multis*, MAESTRO BUELGA, G., *La costituzionalizzazione dell'equilibrio* op. cit.

técnica y neutral del equilibrio presupuestario, que no alcanzaría a afectar a los principios constitucionales ordenantes⁵⁰.

El riesgo es que tal pretendido principio “técnico” ocasione una degradación del sistema de valores ordenantes, cuya alma son los derechos, de conformidad con el significado que el Tribunal Constitucional les atribuyó en su naciente jurisprudencia: «los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política»⁵¹.

3. Las modificaciones a la Constitución Italiana

La Ley constitucional n. 1 de 2012 ha consagrado en Constitución el principio del equilibrio presupuestario modificando varias normas originarias (los arts. 81, 97 y el 119 ya modificado por la reforma del regionalismo en 2001). A pesar del trastorno provocado por la carta enviada por los dos gobernadores del Banco Central Europeo, desconcierta la motivación por la cual el Parlamento Italiano, mucho más rápidamente de su media, ha aprobado la ley constitucional n. 1 de 2012, que además que para complacer a las instituciones europeas, fue «para responder prontamente a los pedidos de los mercados»⁵². Nos hemos enterado así de la transformación ontológica de ellos, que llegan a ponerse por encima de los “sujetos” (vivientes, por tener la capacidad de pedir) tutelados por la Constitución.

⁵⁰ En sentido contrario, por ejemplo, ÁLVAREZ CONDE, E., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, 2011, p. 159 y ss, y NUÑO GÓMEZ, L., “La reforma constitucional a debate”, (Coords. E. ÁLVAREZ CONDE, C. SOUTO GALVÁN), en *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, IDP-URJC, Madrid, 2012, p. 281 y ss.

⁵¹ STC 53/1985, FJ 4.

⁵² AC, XVI legislatura, I e V commissione riunite, resoconto di mercoledì 2 novembre 2011, interventi di Cambursano e Lanzillotta, en www.camera.it.

El equilibrio financiero se impone ahora a todas administraciones por razón de que los Estados nacionales, indiferentemente de su forma (federal, autonómico, regional) deben realizar objetivos que envuelven su propia responsabilidad frente a la Unión Europea. Los Estados miembros de la UE tienden a traducir los objetivos financieros del Pacto Europeo de Estabilidad y Crecimiento y de los Tratados internacionales de 2011 y 2013, a los cuales ya hemos aludido, en un Pacto Interno de Estabilidad Presupuestaria, esto es introduciendo en el ordenamiento jurídico nacional normas y mecanismos de control del gasto (con premios y sanciones) de todos entes públicos, incluso evidentemente los territoriales. Lo anterior agrava la difícil tarea de los Tribunales Constitucionales en contrapesar el principio fundamental de autonomía (art. 5 Constitucional en el caso italiano) con la exigencia estatal de control del gasto público. Cabe destacar que la santificación constitucional del principio de equilibrio presupuestario no es obligatoria, como ha asentado el *Conseil Constitutionnel* Francés en su Decisión 2012-653 DC de 9 de agosto de 2012.

La realidad italiana es que todas decisiones de Parlamento y Gobierno quedan subordinadas a “la cobertura financiera”, que ha alcanzado naturaleza de variable independiente.

Unos ejemplos, dramáticamente no hipotéticos, pueden ayudar a comprender.

¿Qué consecuencias por la administración si, por ejemplo, durante la realización de una obra pública, imaginamos un hospital, sus costes improvisamente crecen por motivos ajenos a la administración? ¿Se deja la obra inconclusa?

¿Qué ocurre si los Municipios no tienen recursos suficientes para desempeñar el acervo de funciones encomendadas por la ley n. 59 de 1997 y la legislación posterior? El legislador ha dibujado un nuevo modelo de administración, nada más estado-céntrica, con el Municipio como ente de competencia tendencialmente general. Lo que hoy efectivamente se puede constatar es que los

Municipios de menor tamaño⁵³ han puesto a cero el gasto en prestaciones sociales.

Otra cuestión controvertida es la de justiciabilidad⁵⁴ del principio del equilibrio, con relación a la existencia de límites a la “intrusión” de la Corte Constitucional en la esfera de decisiones políticas, aunque fuertemente condicionadas por las normas “técnicas” europeas. La Corte, con la sentencia n. 115 de 2012, ha aclarado la inconstitucionalidad del art. 15 de una ley regional por violación del art. 81, inc. 4, de la Constitución. El art. 15 disciplinaba el acceso a los cuidados paliativos y a los tratamientos contra el dolor para enfermos terminales⁵⁵.

Por cierto, la situación italiana o española, con relación a la ubicación de nuestras experiencias jurídicas en la historia del constitucionalismo, no es equiparable a la húngara; tengo todavía miedo de una profunda alteración del Estado constitucional por causa de una indebida jerarquización de los principios que están a fundamento de él. Como es bien sabido, según autorizada doctrina⁵⁶, el Estado constitucional se constituye por tres elementos:

- 1) La soberanía de la Constitución.
- 2) La previsión de una jurisdicción que la protege.
- 3) Una jerarquía en sus principios inherentes – cuya definición se encomienda en última instancia a los Tribunales Constitucionales – que determina la primacía de los derechos fundamentales en cuanto expresión de la identidad cultural del sistema constitucional. La vida de la Constitución Italiana se alimenta de

⁵³ De los 8092 Municipios, 5698 tienen menos de 5000 habitantes.

⁵⁴ Sobre el tema, recientemente, LUCIANI, M., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, en www.cortecostituzionale.it

⁵⁵ Un comentario por LUPO, N. RIVOSECCHI, G., *Quando l'equilibrio di bilancio prevale sulle politiche sanitarie regionali*, en www.forumcostituzionale.it

⁵⁶ BALDASSARRE, A., “Norme giuridiche sopra-costituzionali”, AA.VV., in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Giuffrè, Milano, 1995, p.1679 y ss., esp. 1690.

aquella jerarquía⁵⁷, fundamentada en la primacía de los deberes de solidaridad política, económica y social, a favor de los excluidos, discriminados, marginados⁵⁸, de que deriva el obligo a la Republica de promover la igualdad sustancial (art. 3, inc. 2).

Los Constituyentes entendieron bien la importancia del equilibrio financiero, todavía rechazaron las propuestas de incluir en el art. 81 originario el principio del equilibrio presupuestario porque no quisieron ligarse a «doctrinas económicas históricamente determinadas»⁵⁹ y por concebir el presupuesto un mero instrumento para realizar los fines últimos de la Constitución, esto es la cristalización de los derechos al centro del sistema constitucional, conforme con el planteamiento de que en el Constitución italiana, «al mayor reconocimiento de libertad deba necesariamente corresponder un mayor dosis de solidaridad»⁶⁰.

Piénsese, por ejemplo, en la incorporación del derecho al trabajo como principio fundamental («Italia es una República democrática fundada en el trabajo», según dispuesto por el art. 1): del principio primordial descende una constelación de principios y normas constitucionales que ocupan toda la Parte I de la Carta fundamental (arts. 35, 37, 38, 46, 36, 40, 39), que postulan la centralidad del individuo, y que ordenan las manifestaciones de su personalidad en las instituciones sociales en que es destinada a desarrollarse (la familia, la escuela, la empresa, las asociaciones,

⁵⁷ LUCIANI, M., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, en *www.astrid-online.it*, e ID., “L’interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica”, *Diritto e società*, 2009, p. 24 y ss.

⁵⁸ Ver MERUSI, F., “I servizi pubblici negli anni Ottanta”, en ID., *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, Bologna, 1990, p. 30 y ss., y CORSO, G., “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 759 y ss.

⁵⁹ BARTOLE, S., “Articolo 81”, (Coords. G. BRANCA, A. PIZZORUSSO) in, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p.198.

⁶⁰ BARBERA, A., “Articolo 2” AA.VV. in, *Principi fondamentali*, (Coord. G. BRANCA, A. PIZZORUSSO) in, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 97.

etc...)⁶¹; lo anterior significa que los derechos económicos se configuran como proyección de la persona.

Merced a tales principios, la Corte Constitucional ha podido manejar los derechos confiriendo naturaleza de inviolable también a unos derechos de tercera generación, llegando al revés a subordinar los derechos económicos al interés público y a la utilidad social. Notase que una impostación similar se puede deducir de la CE cuando, por ejemplo, impone a los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico.

En cambio, aquella separación anteriormente mencionada entre el nivel comunitario de la economía y el nivel nacional de la ciudadanía va ahora implicando la funcionalización de los derechos no al mercado, si bien a una teoría económica históricamente determinada.

El grave dilema que deriva de tal desvalorización del núcleo de las Constituciones se puede formular en los términos siguientes: ¿en qué medida entenderán, si lo podrán, los Tribunales Constitucionales invocar la doctrina de los *controlimiti* para proteger el alma social de las Constituciones si el principio de estabilidad presupuestaria se eleva a meta-principio?

Por lo contrario, aceptar el axioma procedente de la Directiva 2011/85/UE significa exactamente vincular los Parlamentos presentes y futuros a una doctrina económica históricamente determinada, que difícilmente puede convivir con el alma de varias Constituciones del segundo posguerra.

No se olvide, al respecto, que las Constituciones aspiran a la “eternidad ordenamental”⁶², mientras que las doctrinas económicas sufren de rápida obsolescencia.

⁶¹ Cfr. CHELLI, E., “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, AA.VV. in, *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. III, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1773 y ss., esp. 1785.

La cuestión es que todos los derechos cuestan, no solo los derechos sociales, y la transformación del equilibrio presupuestario como regla de buena administración en metaprincipio constitucional pone en peligro todos ellos, el derecho a la salud, a la educación, a la dignidad humana, esto es todos los derechos que la Corte Constitucional italiana ha calificado como derechos sociales de satisfacción necesaria⁶³, que todavía no están garantizados nada más si el equilibrio financiero se convierte en un meta-principio no susceptible de ningún balanceo con otros principios constitucionales.

IV. ACOTACIONES SOBRE EL DEBILITAMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN

Lo que hoy en día nos enfrentamos, a diferencia de lo que ocurrió en los albores del constitucionalismo occidental, es la dificultad en ampliar (y no en reducir) los ámbitos de intervención de los poderes públicos en la compleja relación entre Estado, Mercado y Derechos, según una línea argumentativa que determine una deconstrucción del objeto de estudio y una falsificación de unos asuntos considerados incontestables, tal que nos permita dejar de lado la *melancolía constitucional* por una supuesta, quizás solo imaginada, época de oro de la soberanía del Estado y perfección geométrica del edificio constitucional.

La diagnosis me parece la siguiente:

I. Estamos pasando de la “reserva del posible”, que en el fondo ponía los Tribunales Constitucionales en posición de reverenciar con su *self-restraint* a los Parlamentos, a un dictadura de lo constitucionalmente imposible, esto es la eternización de teorías económicas históricamente determinadas;

⁶² LUCIANI, M., *Costituzione, bilancio ...op. cit.*, p. 32, e ID., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, en *Diritto e società*, 2009, p. 24 y ss.

⁶³ Cfr. CORSO, G., *I diritti sociali ...op. cit.*, p. 755 y ss; GRIMM, D., *Diritti sociali e fondamentali per l'Europa*, (Coord. E. PACIOTTI) in, *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, Annali Fondazione Basso, 2002, p. 7 y ss.

II. Se ha calado en el olvido la idea de que, como magistralmente destacó Thoenig, «la acción pública ... postula una teoría de la transformación social»⁶⁴. El equilibrio presupuestario mecánicamente entendido conlleva el riesgo de la petrificación de lo existente; y ello no tanto porque la eficiencia de la administración y el correcto utilizzo de los recursos no sean deseables, cuanto porque es ingenuo pensar en que los decisores públicos preferirán cortar sus privilegios y quitar la proliferación de entes públicos absolutamente inútiles en lugar de disponer recortes a los servicios públicos y aumentos a la presión tributaria;

III. En todo esto, la hipócrita “neutralización” del Estado se ha desvelado y ha dejado el paso cuando se trató de amparar de la quiebra bancos privados, sociedades de seguros u otras instituciones financieras, al propósito opinándose por alguien sobre un supuesto “Estado salvador”. Según cuanto apreciado por el Banco de Inglaterra⁶⁵ en 2009, las medidas públicas de recapitalización, garantías públicas y financiación por los Bancos centrales sumaron a 14 trillones de dólares, representando en los Países del Euro, Inglaterra y Estados Unidos el más titánico rescate público de la historia. Stiglitz – que por cierto no es un constitucionalista que disfruta su tiempo como economista diletante – ha asentado que la crisis de los últimos años pone la piedra tumbal sobre el susodicho modelo ultraliberalista.

Como primera conclusión, con relación a la dimensión pan-europea de la crisis, parece que no se entendió bien la lección de

⁶⁴ THOENIG, J. G., *Scienza dell'amministrazione*, Jaca Book, Milano, 1992, p. 62.

⁶⁵ BANK OF ENGLAND, *Financial Stability Review*, june 2009, 20: «In the highly unlikely event that all the facilities offered by central banks and governments were fully called upon, the scale of support to banking systems in the United Kingdom, the United States and euro area would exceed US\$14 trillion». Cfr. sobre el tema, ONADO, M., “Regole dopo la crisi? No, grazie”, *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, p. 559 y ss.

Karl Polanyi⁶⁶ que avisaba como de la crisis se sale por virtud de la socialdemocracia, o alternativamente por medio de los fascismos.

Solo necesitaríamos de retomar conciencia de que, como alegó William Gladstone al Parlamento británico, «[l]os presupuestos no son meramente cuestiones de aritmética, sino de mil maneras van a la raíz de la prosperidad de los individuos y la relación de las clases, y la fuerza de los reinos».

Así, frente a la naturaleza de fundamentalidad otorgada al principio presupuestario, una reflexión final sobre el real alcance del así llamado constitucionalismo multinivel parece necesaria. El TJUE no puede, aunque en varios casos recientes haya demostrado de intentarlo, extender el nivel de protección de los derechos no estrictamente conexiónados con los económicos consagrados en los Tratados; un límite de la misma natura encuentra el Tribunal EDU, que no encuentra en la Convención los derechos sociales. La verdad es que las Constituciones nacionales continúan a ser indispensables a pesar de la crisis del Estado, y por consecuencia de su Carta fundamental.

A conclusión, no es nada más tiempo de nihilismo jurídico. Por cierto, la tarea de los constitucionalistas del tiempo presente es muy difícil; porque es cada vez más complicado insistir en hablar de principios, derechos, dignidad de la persona.

Se podría empezar rememorando la idea de la Constitución como proyecto de transformación social, según la enseñanza de Hermann Heller.

BIBLIOGRAFÍA

ALAEZ CORRAL, B. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, BOE-CEPC, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ CONDE, E., “Encuesta sobre la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, 2011.

⁶⁶ POLANYI, K., *The Great Transformation* (1957), trad. it. *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 1974.

ANDREONI, A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.

BALDASSARRE, A., “Norme giuridiche sopra-costituzionali”, AA.VV., in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, III, Giuffrè, Milano, 1995.

BARBERA, A., “Articolo 2” AA.VV. in, *Principi fondamentali*, (Coord. G. BRANCA, A. PIZZORUSSO) in, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975.

BARTOLE, S., “Articolo 81”, (Coords. G. BRANCA, A. PIZZORUSSO) in, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979.

BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis, 1962.

BOGNETTI, G., “Costituzione e bilancio. Il problema delle spese in déficit”, *Nomos*, núm. 3, 2008.

BUELGA, G., “La costituzionalizzazione dell’equilibrio di bilancio nella riforma dell’art. 135 della Costituzione spagnola”, *Diritto e società*, núm. 4, 2012.

CASSESE, S., “Gamberetti, tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 3, 2004.

- *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- *Tocqueville e il diritto amministrativo*, in ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010.

CHELI, E., “Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana”, AA.VV. in, *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. III, Giuffrè, Milano, 1995.

- *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*.

CHITTI, M. P., *Diritto amministrativo europeo*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2011.

CORSO, G., “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981.

EVERSON, M., “The Legacy of the Market Citizen”, AA.VV. (Coords. J. SHAW, G. MORE) in, *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Oxford U.P., 1995.

FERRARI, G. F., *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Giappichelli, Torino, 2012.

FIORAVANTI, M., “Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali: l’esperienza del Novecento”, *Diritto e società*, núm. 4, 2012.

GALGANO, F., “Rapporti económico-sociali”, AA.VV., in, *La Costituzione spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Forni, Bologna, 1978.

GIUBBONI, S., *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012.

- *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, il Mulino, Bologna, 2003.

GNES, M., *La scelta del diritto*, Giuffrè, Milano, 2004.

GRIMM, D., *Diritti sociali e fondamentali per l’Europa*, (Coord. E. PACIOTTI) in, *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, Annali Fondazione Basso, 2002.

IUDICA, G., “Per un diritto europeo di principi generali”, AA.VV., en *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. III, Milano, Giuffrè, 1995.

JELLINEK, G. , *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage (1887)*, Scientia, Aalen, 1964.

JOERGES, J., “A New Alliance of De-legalisation and Legal Formalism? Reflections on Responses to the Social Deficit of the European Integration Project”, *Law Critique*, 2008.

- “What is Left of the European Economic Constitution?”, *European Law Review*, 2004.

LUBELLO, V., *Ungheria. Flusso di modifiche alla Legge fondamentale*, en DPCE online 2013-2, en www.dpce.it

LUCIANI, M., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, en www.cortecostituzionale.it

- “L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica”, *Diritto e società*, 2009.
- *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, en www.astrid-online.it,

LUPO, N. RIVOSACCHI, G., *Quando l'equilibrio di bilancio prevale sulle politiche sanitarie regionali*, en www.forumcostituzionale.it

MANCINI, G. F., “Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee”, AA.VV., in, *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 1988.

MEADOWS, D.H., MEADOWS, D. L., RANDERS, J., BEHRENS III, W.W., *The Limits to Growth: A report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, 1972.

MERUSI, F., “I servizi pubblici negli anni Ottanta” , en MERUSI, F., *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, Bologna, 1990.

MÜLLER-ARMACK, A., *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (1946), Kastell Verlag, München, 1990.

NUÑO GOMEZ, L., “La reforma constitucional a debate”, (Coords. E. ÁLVAREZ CONDE, C. SOUTO GALVÁN), en *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, IDP-URJC, Madrid, 2012.

ONADO, M., “Regole dopo la crisi? No, grazie”, *Mercato, concorrenza, regole*, 2009.

ORLANDINI, G., “Libertà economiche e cittadinanza sociale europea”, (Coord. en E. PACIOTTI) in, *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, Roma, 2011, p. 79 y ss.

PINELLI, C., *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, 1994.

- *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza*, Giappichelli, Torino, 2012.

PISAURO, G., *La regola costituzionale del pareggio di bilancio e la politica fiscale nella Grande Recessione: fondamenti economici teorici e pratici*, 2012, en www.fondazionebrunovisentini.eu

POLANYI, K., *The Great Transformation* (1957), trad. it. *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 1974.

SCHUMPETER, J., "The crisis of the Tax State", *International Economic Papers*, núm. 4, 1954.

- *The crisis of the Tax State*, 1918.

SCOGNAMIGLIO, R. (coord.), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006.

SOMMA, A., "La cittadinanza nella società del diritto privato", *Politica del diritto*, núm. 3, 2008.

TARZIA, A., "La Costituzione finanziaria", (G.F. FERRARI) in, *La nuova Legge.. op. Cit.*

- "Moneta, stabilità finanziaria e politiche di bilancio" (G.F. FERRARI), in *Diritto pubblico dell'economia*, Egea, Milano, 2013.
- "¿La eficiencia económica del Estado como sustituto de la ética pública convencional? Perspectivas del derecho italiano y europeo", A&C *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, núm. 31, 2008.

THOENIG, J. G., *Scienza dell'amministrazione*, Jaca Book, Milano, 1992.

ZWEIGERT, K., KOTZ, H., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 19 GULLO, N., "L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto", *Ragion pratica*, núm. 24, 2005.

RESTRIÇÕES À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS

Saulo Lindorfer Pivetta

Professor da Escola de Direito
Faculdades Integradas do Brasil

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS RESTRIÇÕES À SUA EFICÁCIA

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, assegura de maneira expressa que “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (art. 5º, §1º, da CF/88). Trata-se de uma das mais importantes garantias à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais na realidade jurídica brasileira. De qualquer forma, é importante aprofundar a compreensão sobre a *aplicabilidade imediata* de tais normas, haja vista que sua enunciação não elimina automaticamente as dúvidas sobre as possibilidades de eficácia dos direitos fundamentais.

Releva destacar que, a despeito de todos os direitos fundamentais serem dotados de algum nível de eficácia e aplicabilidade, ela não será a mesma para todos os direitos. Dois pontos, ao menos, devem ser considerados na definição da aplicabilidade do direito fundamental que se esteja analisando: as funções que pode desempenhar na realidade concreta¹ e a sua regulamentação

¹ Conforme clássica lição de Robert Alexy, os direitos fundamentais, em virtude da natureza eminentemente principiológica que ostentam, devem ser compreendidos como *feixes de posições jusfundamentais*. Trata-se, pois, de uma estrutura normativa complexa, de modo que cada direito fundamental pode desempenhar variadas funções na realidade concreta.

normativa (constitucional e infraconstitucional). Como bem pontua Virgílio Afonso da Silva, não existe norma constitucional que não demande alguma forma de regulamentação, assim como não há norma que não possa ser restringida.²

Trata-se, evidentemente, de assunto de grande complexidade. Especificamente em relação aos direitos *sociais*, muito se debate sobre a imediata aplicabilidade de tais normas, haja vista que eles estariam submetidos a uma *reserva do financeiramente possível*. Ou seja, os direitos sociais apenas poderiam ser reclamados na medida em que houvesse recursos públicos disponíveis para a sua concretização. Essa alegação é equivocada por dois motivos: em primeiro lugar, porque os direitos sociais não possuem somente uma dimensão prestacional – nem todas as funções por eles desempenhadas na realidade concreta demandam recursos financeiros. Em segundo lugar, porque a reserva do possível é apenas uma das várias restrições que podem ser opostas aos direitos fundamentais (não só aos sociais).

Assim, as próximas páginas buscarão traçar um panorama sobre as reservas a que se encontram sujeitos os direitos fundamentais sociais em relação a cada um dos deveres estatais exigidos para a sua efetivação para, ao final, aprofundar a análise sobre a

Alexy aponta que tais direitos podem desempenhar funções: (i) de defesa (exigindo uma abstenção do Estado, que não deve intervir na esfera de autonomia dos cidadãos); (ii) de prestações, que podem ser tanto normativas como fáticas, impondo ao Estado o dever de adoção de medidas concretizadoras dos direitos. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 186 e ss. Ainda, Clèmerson Merlin Clève destaca a função de não discriminação, que impede sejam adotadas condutas discriminatórias injustificadas em face dos cidadãos. CLÈVE, C. M., “A eficácia dos direitos fundamentais sociais” (Coord. R. F. Bacellar Filho; E. Gabardo; D. W. HACHEM) em, *Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental, Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*, Fórum, Belo Horizonte, 2011, p. 102.

² SILVA, V. A. da, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., 2ª tir., Malheiros, São Paulo, 2011, p. 230.

relevância normativa da escassez de recursos, buscando-se, com isso, evitar uma compreensão acrítica e equivocada sobre a matéria.

II. RESTRIÇÕES À APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: RESERVA IMANENTE DE PONDERAÇÃO, RESERVA DO POLITICAMENTE ADEQUADO OU OPORTUNO E RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

Como destacado acima, em razão da natureza eminentemente principiológica dos direitos sociais, sua aplicação, a partir do próprio texto da Constituição, não ocorre mediante a lógica do “tudo ou nada”. Assim, a atividade conformadora do Poder Legislativo e do Poder Executivo mostra-se de significativa relevância para que a densidade normativa da norma seja alargada. Tal densificação revela-se pertinente sobretudo para a especificação das prestações fáticas que são albergadas pelo direito e que vinculam a atuação do Poder Público. Nessa esteira, a necessidade de concretização infraconstitucional dos comandos normativos realça a ideia de que podem ser opostas reservas, restrições, à sua aplicabilidade. Isso não ocorre por opção do constituinte ou por uma escolha do aplicador da norma, mas sim pelo próprio fato de que, inexistindo um comando inequívoco quanto ao exato alcance do direito (ou seja, quando não se estiver diante de uma regra), ele estará sujeito a sofrer limitações em relação ao seu conteúdo.³

³ A posição ora adotada, de que os direitos sociais podem ter seus conteúdos normativos delimitados coaduna-se com a chamada *teoria externa* das restrições, que possui íntima relação com a teoria dos princípios apresentada acima. Isso porque, ao admitir-se que, em razão de sua natureza principiológica, a norma de direito fundamental tem uma extensão de aplicabilidade parcialmente indeterminável, considera-se que eventuais restrições decorrerão de fatores *externos* à norma. A conformação restritiva, portanto, não é resultado de uma limitação que é imanente ao próprio direito, como defende a *teoria interna*. Resumidamente, para os adeptos desta corrente os limites da norma são fixados de antemão, através de um procedimento interno que considera

Vale ressaltar, neste ponto, que ao se falar em *restrições* (restrições *em sentido estrito*) aos direitos fundamentais está se referindo às atuações normativas do Estado (através da legislação ou da atividade regulamentadora da Administração Pública) que promovem alterações substanciais na norma, delimitando seu conteúdo normativo e que, da perspectiva jurídico-subjetiva, implicam situações desvantajosas aos seus possíveis titulares, suprimindo ou dificultando-lhes o acesso aos bens jusfundamentais.⁴ Diferentemente, as chamadas *intervenções restritivas* consubstanciam afetações negativas, realizadas pelo Poder Público ao direito fundamental, considerando uma situação concreta, a partir de seu titular individualizado. Por ora, insta salientar as formas através das quais o Estado, em termos abstratos, conforma a norma definidora do direito à saúde.

Na lição de Jorge Reis Novais, as reservas que se impõem sobre a aplicabilidade dos direitos sociais em geral são as seguintes: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível. Contudo, a ativação dessas reservas depende de qual *dever estatal* está em causa (dever de respeitar, dever de proteção, dever de promoção). Ou seja, cada um dos deveres que decorrem dos direitos sociais articula de maneira própria as reservas que podem ser opostas à aplicação da norma.⁵

apenas o objeto do direito, independentemente de elementos de influência externa. Para uma análise pormenorizada do tema, cf. SILVA, *Direitos fundamentais...* op. cit., p. 126-143.

⁴ NOVAIS, J. R., *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra, 2003, p. 227.

⁵ Jorge Reis Novais distingue três categorias de deveres estatais que decorrem da positivação dos direitos fundamentais: dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover – que guardam consonância com as *funções* que podem desempenhar tais direitos na realidade concreta. Cada uma dessas funções (de defesa ou de prestações) impõem deveres ao Estado para serem concretizadas. De maneira sintética, os deveres de respeito impõem condutas eminentemente negativas, de não intervenção do Estado na esfera de autonomia dos cidadãos. Os deveres de proteção assinalam a obrigação de que, por medidas eminentemente positivas

O debate pode ser ilustrado a partir das seguintes situações envolvendo o direito à saúde: (i) cidadã que se insurge judicialmente contra hipotética portaria do Ministério da Saúde que determina a obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas, como cobaias, dos pacientes que se beneficiem da política de dispensação de medicamentos de alto custo; (ii) ação movida pelo Ministério Público contra determinado Município para que este arborize todas as ruas com um tipo de arbusto capaz de repelir o mosquito transmissor da dengue; (iii) sujeito que reclama judicialmente que o Poder Público disponibilize recursos para financiar tratamento experimental desenvolvido por universidades cubanas para combater o mal de Parkinson.

Em cada uma das hipóteses aventadas a margem de intervenção do juiz será diferenciada justamente pelas diferentes reservas relacionadas às situações. No primeiro caso (obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas), o magistrado possui ampla margem de atuação, podendo definir, no caso concreto, se o ato normativo configura, em alguma medida, intervenção indevida na esfera de autonomia do cidadão. Em outras palavras, a decisão judicial poderá analisar, a partir da técnica da ponderação, se a conduta estatal violou algum *dever de respeito* que exsurge do direito à saúde, já que submete sujeitos a situação de potencial risco para sua integridade física.

A segunda hipótese está ligada a um *dever de proteção*, que certamente define uma margem diferenciada de liberdade de intervenção judicial. Afinal, por que adotar exatamente a medida proposta pelo Ministério Público? O Poder Público não poderia utilizar outras estratégias para alcançar a mesma finalidade (de evitar a transmissão do vírus da dengue), eventualmente menos

(através de normas ou de atuação material) o Poder Público assegure que os direitos fundamentais dos cidadãos não serão violados, por agentes públicos ou por outros indivíduos. Finalmente, os deveres de promoção impõem que o Estado entregará aos cidadãos as prestações normativas e fáticas necessárias à realização concreta do direito. NOVAIS, J. R., *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra, 2010, p. 41 e 273.

custosas e mais eficientes? O que impende destacar é que, neste caso, a concessão da tutela judicial está sujeita à análise de outros elementos, não verificados na primeira situação (envolvendo um dever de respeito), pois nesta estava em causa tão somente definir se a atividade administrativa violava a esfera de autonomia juridicamente protegida do cidadão.

Finalmente, o último quadro descrito relaciona-se à discussão sobre a existência de um *dever de promoção*. Assim como na hipótese anterior, o deferimento do pedido passa pela apreciação da conveniência política e jurídica da medida – se é constitucional exigir do Estado aquele tipo de prestação ou se os tratamentos já fornecidos preenchem o conteúdo normativo do direito à saúde. Ainda, some-se a isso a repercussão financeira que haveria no caso de tutela das prestações pleiteadas.

As situações descritas objetivam esclarecer que, embora se trate do mesmo direito, a natureza do dever estatal correspondente afeta de maneira diferente as reservas eventualmente oponíveis à aplicabilidade da norma. Na sequência será analisado como se articulam tais reservas em função do dever estatal em causa.

1. A restrições de eficácia relacionadas à função de defesa dos direitos sociais (deveres estatais de respeito)

De início, os *deveres de respeito* pressupõem que o espaço de autonomia do cidadão seja suficientemente determinável através de mecanismos jurídicos de interpretação da norma constitucional definidora do direito social – é essa esfera de autonomia individual que deve ser respeitada pelo Estado e demais indivíduos. Nessa esteira, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais quanto à função de defesa (deveres de respeito) não gera maiores controvérsias.

Isso se dá pelo fato de que tais deveres, ao exigirem posturas simplesmente abstencionistas – ou seja, por se revelarem como uma dimensão eminentemente negativa –, basta que o Estado se mantenha inerte para que sejam concretizados. Em outras palavras, entende-se que o âmbito de autonomia individual já está satisfatoriamente delimitado pela norma jusfundamental, e se não

estiver é possível identificá-lo através das técnicas tradicionais de interpretação. No entanto, é possível que o Estado tenha que afetar essa esfera de autonomia pessoal, restringindo o espectro de liberdade do particular, com o objetivo de proteger ou promover outro direito igualmente tutelado pelo texto constitucional. A restrição, nesse caso, não será necessariamente inconstitucional, como, por exemplo, a vedação imposta aos particulares de fumar em ambientes fechados.

Compreende-se, nessa esteira, que todos os direitos fundamentais estão sujeitos a uma *reserva geral imanente de ponderação*, que autoriza, em certos casos, sua restrição legítima, fazendo-o ceder passo em razão do maior peso de outro direito numa dada situação. Esta reserva apenas não incidirá naquelas hipóteses em que a própria Constituição já sedimentou, em caráter definitivo, determinado conteúdo de natureza jusfundamental, ou seja, quando o comando estiver consagrado por meio de regra, pois a norma é decorrência de ponderação já realizada pelo próprio legislador constituinte.⁶ Muitas vezes o texto constitucional outorga de maneira explícita a competência para que o conteúdo da norma seja delimitado. É o caso, por exemplo, do art. 197 da Constituição Federal de 1988, que prevê a possibilidade de o Poder Público regulamentar a execução das ações e serviços de saúde.⁷ Veja-se, nesse sentido, a Lei nº 9.782/1999, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sendo prevista a competência para que tal ente, inclusive, proíba a comercialização de produtos e insumos que possam causar risco à saúde (art. 7º, inciso XV da Lei nº 9.782/1999).⁸

⁶ NOVAIS, Idem, p. 275.

⁷ Art. 197 da Constituição Federal: “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

⁸ Lei nº 9.782/1999: “Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: (...) XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e

Ou seja, o Estado efetivamente intervém na esfera de liberdade e de acesso a bens ligados aos direitos sociais. No caso apresentado, o cidadão não poderá comprar qualquer medicamento que queira utilizar no tratamento de alguma doença: apenas aqueles autorizados pela ANVISA poderão ser adquiridos legalmente. Trata-se de verdadeira ponderação realizada pelo legislador ordinário, que sopesando as variadas questões que tocam o tema (interesses financeiros das indústrias farmacêuticas, interesse dos cidadãos de adquirir remédios, dever do Estado de proteger a saúde da população etc.), fixou as medidas protetivas que entendeu necessárias, como a criação de entidade competente para tanto.

Ainda que não haja previsão explícita, a possibilidade de restrição do direito decorre justamente de sua natureza eminentemente principiológica. Com isso, inexistindo opção inequívoca por parte da Constituição, os conteúdos específicos do direito passam a ser definidos pelo legislador e pelo administrador. De qualquer modo, as deliberações quanto ao alcance do dever de respeito, seja em relação a determinado caso concreto seja em relação a uma situação geral e abstrata, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e legalidade – que consiste em verificar se as restrições realizadas estão em consonância com o texto constitucional ou legal, ou se violam um dever de respeito que se impõem ao Estado.

2. As restrições de eficácia relacionadas à dimensão prestacional dos direitos sociais (deveres de proteção e promoção)

Diferentemente ocorre quando se está diante de um dever de proteção ou de um dever de promoção – deveres correlatos à dimensão prestacional dos direitos fundamentais. Nestes casos, além da reserva geral imanente de ponderação, incidem a *reserva do politicamente adequado ou oportuno* e a *reserva do financeiramente possível*. Para proteger a saúde dos cidadãos, por exemplo, há uma imensa

insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;”

gama de possibilidades que poderiam ser cogitadas pelo Poder Público, seja através de prestações fáticas ou normativas. O conteúdo do dever geral de proteção não se extrai, de maneira absoluta, dos comandos constitucionais – embora, o constituinte já tenha assinalado que o Estado deve adotar medidas preventivas e assistenciais para a efetivação desse direito (art. 196 da Constituição Federal).

A *reserva do politicamente adequado ou oportuno* compreende, assim, as esferas de restrição do direito que demandam uma atuação política de análise da realidade concreta e definição dos meios necessários à proteção e promoção do direito. Para proteger a saúde da população, são possíveis diversas prestações, normativas e fáticas. No ordenamento jurídico brasileiro já foram sedimentadas diversas regras que se destinam à dimensão protetiva do direito à saúde. Nesse sentido, há normas de Direito Civil⁹ e de Direito Penal¹⁰, além dos dispositivos constantes na própria Constituição.

⁹ Como, por exemplo, no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003): “Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária, bem como serão obrigatoriamente comunicados por eles a quaisquer dos seguintes órgãos: I – autoridade policial; II – Ministério Público; III – Conselho Municipal do Idoso; IV – Conselho Estadual do Idoso; V – Conselho Nacional do Idoso. § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.”

¹⁰ O Código Penal dispõe de variadas regras que protegem explicitamente a saúde, como as insertas no Capítulo II (Das Lesões Corporais) e no Capítulo III (Da Periclitación da Vida e da Saúde), ambos do Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa) da Parte Especial. Veja-se, como exemplos, os seguintes dispositivos: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. (...) Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de

Ainda, a Administração Pública, no exercício de sua competência normativa, elabora variados atos que se voltam à proteção e promoção da saúde dos indivíduos, como é o caso da Portaria nº 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que estabelece as substâncias e medicamentos que, por sua capacidade de ação prejudicial sobre a saúde humana, estão sujeitos a um controle especial por parte do Poder Público (dever de proteção). Outrossim, diversas prestações fáticas são demandadas para que a saúde da população seja protegida e promovida, como nas situações em que produtos alimentícios são apreendidos em supermercados, pelos fiscais da vigilância sanitária, por estarem com o prazo de validade vencido (dever de proteção), e na hipótese de entrega ao cidadão dos medicamentos necessários ao tratamento de determinada doença (dever de promoção).

Este panorama traçado ressalta que a atuação do legislador ordinário e do administrador densificam o conteúdo normativo dos direitos sociais em geral. Esta “densificação” decorre de embates e escolhas políticas realizadas pelos agentes políticos, sedimentando ponderações realizadas entre os diversos bens a serem protegidos e os meios necessários para tal finalidade. Isso não significa, contudo, que as decisões políticas estejam sempre em consonância com as prioridades constitucionais. Assim, é possível que haja controle, sobretudo pelo Poder Judiciário, no caso de normativas inconstitucionais e ilegais, bem como no caso de omissões injustificadas da Administração Pública.

A reserva do politicamente adequado ou oportuno não é, portanto, um fator que impede o questionamento das ações, fáticas ou normativas, do Poder Público. Contudo, é um elemento que deve ser considerado e que intervém na forma e nos limites em que é realizado o controle. Nessa esteira, a liberdade política de conformação da norma de direito fundamental jamais será absoluta, especialmente no contexto brasileiro, pois a Constituição Federal já estabelece as linhas gerais de conteúdo que deverá ser

serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.”

preenchido pela legislação ordinária e pelo administrador público, em relação a vários direitos sociais.

Finalmente, a *reserva do financeiramente possível* consubstancia elemento que deve ser considerado quando estiver em causa um dever de atuação positiva do Estado, ou seja, quando este deve promover prestações fáticas voltadas à concretização do direito à saúde, especialmente no que tange ao dever de proteção e promoção do direito. Ou seja, quando se tratar de uma dimensão positiva, relacionada ao dever de proteção ou de promoção, a reserva do financeiramente possível poderá, em tese, ser invocada, haja vista que fornecer bens sociais exige um dispêndio significativo de recursos.¹¹

A necessidade de recursos financeiros não fulmina a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Essa reserva deve ser compreendida não como um obstáculo intransponível para a realização de prestações fáticas, mas sim como um fator que direciona para a forma como os recursos são alocados para o cumprimento das finalidades do Estado. Apesar da relevância do aspecto financeiro, nem sempre tal reserva pode ser ativada, ou seja, nem sempre a escassez de recursos adquire relevância normativa – este problema será enfrentado de maneira mais detalhada no item 3, abaixo.

III. A RESERVA DO POSSÍVEL E A RELEVÂNCIA NORMATIVA DA ESCASSEZ DE RECURSOS

1. A configuração teórica da “reserva do possível”

O cerne do problema relativo à reserva do financeiramente possível – ou simplesmente “reserva do possível”, como é geralmente utilizada no Brasil – é que sua compreensão por vezes é distorcida, através da recepção acrítica de um conceito forjado de maneira mais intensa na Alemanha, pela Corte Constitucional do país. A expressão foi cunhada para expressar que o conteúdo dos direitos sociais estava limitado “àquilo que o indivíduo podia

¹¹ NOVAIS, Direitos sociais... op. cit., p. 278.

razoavelmente exigir da sociedade.”¹² Apesar de o modelo ter-se desenvolvido de maneira mais sistematiza em solo alemão, importante fazer a ressalva, já assinalada por Romeu Felipe Bacellar Filho, de que já no começo do século XX, em 1903, no caso “Terrier”, o Conselho de Estado Francês decidiu que o Estado não poderia se eximir de seus deveres alegando falta de disponibilidade de caixa. Nessa linha, Bacellar Filho, ao analisar especificamente a problemática da responsabilidade extracontratual do Estado, defende, com razão, que a teoria da reserva do possível não pode constituir excludente ou atenuante da responsabilidade estatal.¹³

De qualquer forma, na ambiência alemã, o caso concreto que orientava a Corte era em relação a alguns cidadãos que exigiam o fornecimento de vagas no ensino superior público. Então, a ideia de *razoabilidade* apontava para a necessidade de se investigar o caso concreto para verificar, de um lado, as condições materiais do próprio cidadão que reclama a concretização do direito e, de outro, se seria razoável esperar do Estado o fornecimento da prestação fática requerida. Assim, sustentou a jurisprudência alemã que, ainda que o Estado efetivamente dispusesse de recursos e tivesse a competência específica para escolher o seu direcionamento, não se poderia cogitar de uma obrigação positiva que desrespeitasse os limites do razoável.¹⁴

A partir desse panorama, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a reserva do possível deve ser compreendida por uma dimensão tripla:¹⁵ (i) da disponibilidade material dos recursos necessários ao

¹² NOVAIS, Jorge Reis. Idem, p. 90.

¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 243. Ainda, fazendo uma análise mais detida do caso “Terrier”, cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. Curitiba, 2009. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, f. 84-85.

¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais... *Op. cit.*, p. 90.

¹⁵ Merece registro a posição de Paulo Caliendo, que destaca a íntima relação entre a reserva do possível, realização de direitos fundamentais e

fornecimento das prestações; (ii) da distribuição de receitas e competências (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outros), ou seja, da estrutura de decisão quanto à alocação e gestão dos recursos públicos; (iii) da perspectiva do particular que demanda a prestação material, de modo a se verificar a proporcionalidade e razoabilidade da conduta pleiteada.¹⁶

Há que se situar, portanto, a problemática da escassez de recursos. Em primeiro lugar porque tal escassez é de caráter *moderado*, jamais absoluto, pois não se está a refletir sobre um Estado despojado de recursos financeiros – pelo contrário, a atividade de arrecadação tributária no Brasil é bastante significativa.¹⁷ Em segundo lugar, a reserva do possível denota que a realização de direitos sociais demanda escolhas políticas quanto à distribuição dos recursos, o

o poder de tributação do Estado. As escolhas políticas do Estado quanto à forma de administração tributária poderiam ampliar ou restringir a incidência dessa reserva. Ou seja, instituindo-se, por exemplo, Contribuições Sociais e fazendo uso da extrafiscalidade como forma de concretização de políticas públicas voltadas a direitos sociais, poder-se-ia ampliar as possibilidade de realização desses direitos ao aumentar a arrecadação estatal. Por outro lado, situações como a de “guerra fiscal” entre os Estados, que oneram as receitas públicas de maneira geral, fortalecem as possibilidade de incidência da reserva do possível. CALIENDO, P., “Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação” (Orgs. I. W. Sarlet ; L. B. TIMM) em, *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2ª ed. rev. e ampl., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 184-185.

¹⁶ SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed., rev. atual. e ampl., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 287.

¹⁷ Dados da Receita Federal apontam que, em 2012, o Brasil arrecadou aproximadamente R\$ 1,029 trilhão de reais, um recorde na história do país. Informação disponível em:

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/noticias/2013/jan/Arrecadacao.html>> Acesso em 30/01/2013.

que geralmente é feito em ambiente de conflito, haja vista as variadas possibilidades quanto a fins e meios a serem definidos.¹⁸

Apesar da complexidade de elementos que envolve a temática da reserva do possível, o problema muitas vezes é colocado de maneira inadequada. Os equívocos ocorrem, notadamente, ao se compreender que apenas os direitos sociais exigiriam recursos para a sua concretização. Esta incompreensão decorre do entendimento errôneo de que os direitos de liberdade exigiriam somente posturas negativas (abstencionistas), enquanto que os direitos sociais demandariam apenas condutas positivas (prestacionais) para serem concretizados. Como demonstrado acima, os direitos fundamentais (qualquer que seja sua classificação) expressam-se como *feixes de posições jusfundamentais*, exigindo, para a sua realização, a observância de deveres ora positivos ora negativos por parte do Estado.¹⁹

Como apontam Holmes e Sunstein, independentemente de se tratar de um direito de liberdade ou de um direito social, o que releva notar é qual dever específico está em questão.²⁰ Desse modo, por exemplo, o direito à liberdade de expressão pode reclamar que o Estado e outros particulares se abstenham de intervir arbitrariamente sobre a esfera de autonomia de um cidadão específico (dever de respeito) – como no caso em que se exige que o Poder Público não reprima, com a força policial, uma manifestação em defesa da descriminalização da maconha.²¹ Por outro lado, para proteger este mesmo direito de liberdade de expressão, é possível que determinado indivíduo solicite a

¹⁸ NOVAIS, *Direitos sociais...* op. cit., p. 91.

¹⁹ Sobre o tema, veja a nota de rodapé nº 2, acima.

²⁰ HOLMES, Stephens; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York, 1999, p. 119.

²¹ Em relação a esta situação específica, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal inclusive já reconheceu a constitucionalidade das manifestações em defesa da descriminalização do uso da maconha por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187.

intervenção do Estado, até mesmo com o uso de força policial, para assegurar que uma manifestação pacífica em prol do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo não sofra ataques violentos de grupos preconceituosos (dever de proteção). Ainda, um grupo de cidadãos pode pleitear junto à prefeitura o fornecimento de materiais para a estruturação de um pequeno jornal comunitário (dever de promoção).

Percebe-se, com isso, que a reserva do possível jamais pode ser utilizada como argumento capaz de restringir ou afastar a jusfundamentalidade de qualquer direito social, na medida em que os direitos de liberdade podem também reclamar o dispêndio de recursos financeiros do Estado (como demonstrado acima, nas hipóteses de proteção e promoção do direito à liberdade de expressão).²² É o dever que corresponde ao direito que pode ou não ser custoso.²³ No caso do direito à saúde, por exemplo, há deveres estatais correlatos que não exigem recursos públicos, como, por exemplo, aquele que impõe ao Estado respeitar que o indivíduo tenha acesso, por seus próprios meios, ao tratamento de saúde que deseja (dentre aqueles permitidos por lei). Por outro lado, há igualmente deveres que *custam*, como nas situações em que o Poder Público realiza atividades de fiscalização sanitária em restaurantes (dever de proteção), e na hipótese do grupo de moradores que reclama a construção de um posto de saúde em seu bairro (dever de promoção).

É possível, ainda, diferenciar os “gastos institucionais” e os gastos ligados diretamente a determinado direito. Os gastos institucionais seriam aqueles ligados a todo e qualquer direito, como os gastos necessários para manter as instituições políticas e os órgãos judiciais, por exemplo. De outra sorte, haveria os gastos relacionados à realização de um direito social específico, com o fornecimento de prestações materiais à população (como a

²² Sobre a utilização ideológica da reserva do possível, cf. SGARBOSSA, L. F., *Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível*. Vol. I., Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2010, p. 240 e ss.

²³ NOVAIS, *Direitos sociais...* op. cit., p. 97.

construção de casas populares para a efetivação do direito à moradia e a manutenção de hospitais para o atendimento constante da população).²⁴ Nessa esteira, a dimensão principal dos direitos sociais, de caráter prestacional, realça com maior nitidez a exigência de recursos para a sua concretização – o que não se trata de regra absoluta, haja vista que os direitos de liberdade também podem exigir intervenções positivas do Estado, como através da manutenção de instituições que assegurem a esfera de autonomia dos indivíduos.

Colhe-se, portanto, (i) que a escassez de recursos é apenas *moderada* – ou seja, o Estado dispõe de recursos significativos, de modo que o problema está em verificar sua adequada alocação entre as finalidades previstas pela Constituição e pela legislação ordinária; (ii) a reserva do possível não pode ser compreendida como restrição oponível somente aos direitos sociais, haja vista que o que pode demandar recursos é o dever correlato exigido no caso concreto, e não o direito “como um todo”; (iii) que ainda que seja demandada uma prestação “custosa”, o seu deferimento (judicial ou administrativo) não deve levar em conta apenas a repercussão financeira de sua concretização – nem sempre a escassez é relevante normativamente, de modo que a reserva do possível deve ser analisada em conjunto com as demais reservas que sujeitam os direitos fundamentais (reserva imanente de ponderação e reserva do politicamente adequada ou oportuno).

As reservas anteriormente analisadas constituem elementos que podem justificar a afetação negativa, do ponto de vista do titular, do conteúdo normativo do direito à saúde no caso concreto – a problemática será aprofundada no próximo item deste artigo, quando será analisado como estas reservas podem ser articuladas em situações concretas.

²⁴ Veja-se, a respeito, SILVA, V. A. da, “O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais” (Coords. C. P. Souza Neto; D. Sarmento) em, *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 593.

2. A relevância normativa da escassez de recursos

A problemática dos “custos” dos direitos, ou da relevância das questões financeiras e orçamentárias, tem sido objeto de intensa análise por parte da doutrina. Embora a questão deva ser considerada seriamente, por vezes sua compreensão no âmbito da dogmática dos direitos sociais é equivocada, motivando posicionamentos que chegam a negar ou restringir indevidamente seu caráter jusfundamental. Assim, é necessário aclarar qual a posição ocupada pela reserva do financeiramente possível na teoria dos direitos sociais, de maneira que não seja utilizada como argumento genérico manejado para se negar a concretização desses direitos. Em outras palavras, é preciso refletir sobre a relevância jurídica que possui tal restrição: como e em que medida a escassez de recursos pode ser utilizada como fundamento que afaste a aplicação da norma de direito fundamental num caso concreto?

Lucas S. Grosman, no livro *“Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución,”*²⁵ busca delinear as situações em que o Estado tem o dever de ofertar uma prestação positiva para efetivar um direito social plasmado pela Constituição – ou seja, quais hipóteses, em termos gerais, obrigam a atuação estatal, independentemente da escassez de recursos. Sua referência é o texto constitucional da Argentina, o que não diminui a fertilidade de sua obra para a análise em ambientes diversos – realizadas as devidas contextualizações, naturalmente.

O referido autor parte de uma premissa: a escassez é um fato que não pode ser negado. Contudo, essa realidade não é suficiente para se determinar que algum direito social tenha sua concretização livremente manipulada pelos órgãos estatais (especialmente Poder Legislativo e Poder Executivo). Assim, Grosman desenvolve um raciocínio que permite balizar a atividade de distribuição de recursos pelo Estado – o que se revela indispensável, notadamente para definir o âmbito legítimo de

²⁵ GROSMAN, L., *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*, Librería, Buenos Aires, 2008.

intervenção judicial nas escolhas alocativas operadas pelo legislador e pelo administrador público.²⁶ Assim, esclarece-se, de antemão, que a reserva do financeiramente possível e do politicamente oportuno ou adequado, embora constituam óbices que podem limitar as possibilidades do julgador, não representam barreira intransponível.

O autor analisa as ações judiciais que versam sobre direitos sociais e que, por conseguinte, têm potencial para gerar decisões de cunho redistributivo. Os casos são agrupados no que Grosman chama de “paradigmas de controle judicial”, que correspondem ao paradigma do abuso, paradigma da inclusão e paradigma da escassez. Cada um deles reclama uma atuação específica dos magistrados.

O paradigma do abuso compreende os casos em que o Poder Judiciário deve reprimir a atuação estatal que importe na violação de direitos individuais.²⁷ São exemplos de casos alocados nesse paradigma: a tortura promovida pelo Estado, a perseguição política, a censura realizada sobre os meios de comunicação, os impostos confiscatórios, etc. Nessas situações a escassez não possui qualquer relevância normativa, vale dizer, o Estado não pode alegar falta de recursos como argumento válido de defesa perante o Poder Judiciário. Igualmente, não é necessário que os juízes considerem em sua decisão a repercussão orçamentária que decorrerá de eventual condenação do Poder Público.

²⁶ Ademais, mostra-se imperiosa a necessidade de se fortalecerem mecanismos aptos a conferir grau mais elevado de racionalidade à decisão judicial. Isso porque, como aduz Clèmerson Merlin Clève, “A legitimidade da ação jurisdicional repousa, basicamente, sobre a racionalidade e a justiça da decisão. A decisão judicial deve ser racional e, portanto, controlável racionalmente. Por isso que o Juiz deve, na medida do possível, procurar exercer um controle sobre os mecanismos psicológicos orientadores de sua decisão.” CLÈVE, C. M., “Poder Judiciário: autonomia e justiça”(Org. C. M. Clève; L. R. Barroso) em, *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional. Vol. IV*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 666.

²⁷ GROSMAN, *Escasez e igualdad...* op. cit., p. 37.

De qualquer forma, ainda que seja possível o Estado alegar que o abuso por ele cometido tenha causa na falta de recursos (por exemplo, se dispusesse de mais recursos poderia preparar e aparelhar melhor a polícia, que assim não torturaria), esta não será uma justificativa válida. Violado o direito subjetivo, a conduta lesiva deverá ser reprimida. Amolda-se a este paradigma a situação debatida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional qualquer interpretação que entendesse que a antecipação de parto de feto anencéfalo configuraria um dos tipos penais previstos nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal. Assim, ainda que esta decisão tenha impactos financeiros (como a obrigação de o Estado disponibilizar acompanhamento psicológico e físico às gestantes, bem como realizar os procedimentos cirúrgicos necessários), os agentes estatais deverão cumpri-la, sob pena de se lesar a esfera de autonomia individual da mulher que esteja sob aquela condição. Ainda, realizada a antecipação terapêutica do parto, não poderá haver qualquer espécie de perseguição criminal relacionada a esse fato, pois tal caracterizaria intervenção abusiva.²⁸

O segundo grupo de casos, agrupados sob o paradigma da inclusão, corresponde às situações em que Estado já tem estruturado determinado órgão ou entidade (estruturas protetoras), dotados de recursos financeiros, que se destinam à realização de algum direito garantido pela Constituição. Nesse paradigma, a atuação judicial tem o fito de evitar que o Poder

²⁸ Sobre a necessidade de o Estado fornecer prestações positivas, ainda que tal não tenha sido objeto da ADPF, veja-se o seguinte excerto do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello: “Ao Estado não é dado intrometer-se [na decisão a respeito da antecipação terapêutica do parto]. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgada em 12/04/2012.

Público exclua ilegitimamente algum indivíduo do alcance da prestação. São estruturas desse tipo: o sistema judicial, o sistema eleitoral, o sistema de educação, o sistema público de saúde, etc.²⁹

Nas ações judiciais que envolvem estes casos, assim como no paradigma do abuso, não se admite seja invocada a escassez de recursos como justificativa estatal válida para a não prestação da atividade (exclusão de determinado cidadão do âmbito de tutela do direito). Certamente que a quantidade de recursos destinada pelo Estado ao órgão ou entidade será determinante para a sua capacidade de ação. Entretanto, para que o caso seja situado no paradigma da inclusão, o respectivo ente deve dispor de fundos suficientes para proteger os direitos que não foram devidamente tutelados. Havendo estrutura protetora e recursos dotados para a proteção do direito, não poderá o Estado valer-se do fundamento de que lhe faltou reserva financeira para justificar sua inação.

O paradigma da inclusão enquadra, notadamente, os casos em que pessoas ou grupos de pessoas são indevidamente excluídos de alguma estrutura estatal protetora. Mas deve-se ter o cuidado de não reduzir esse paradigma às situações em que a exclusão ocorre por motivos discriminatórios. O paradigma é mais amplo que isso. Vale dizer, não é necessário existir uma finalidade discriminatória na ação estatal para que o caso seja abarcado pelo paradigma da inclusão. Em suma, é estritamente objetivo o critério para a alocação de determinada hipótese sob o paradigma em comento (qual seja, a exclusão de determinado sujeito de uma estrutura protetora estatal, mesmo havendo capacidade para incluí-lo). Dito em outras palavras, não é relevante a presença de qualquer elemento subjetivo (dolo, negligência etc.) na conduta para caracterizar a rotulação.³⁰

Como exemplo, cite-se a situação hipotética em que alguns usuários do Sistema Único de Saúde (rede de saúde pública brasileira), acometidos por determinada doença, estejam sendo tratados com medicamento específico, de acordo com a diretriz

²⁹ GROSMA, *Escasez e igualdad...* op. cit., p. 38.

³⁰ GROSMA, *Idem*, p. 39.

terapêutica traçada para o caso. Se o gestor local do Sistema, por equívoco, deixar de adquirir aquele medicamento por acreditar que não havia mais infectados na região, tal conduta poderá ser reprimida judicialmente.³¹ Da mesma forma, interpretações equivocadas sobre a diretriz de atendimento integral do SUS têm promovido a exclusão indevida de diversos usuários do sistema público de saúde. Isso porque, pelo fato de suas condições clínicas não se amoldarem às diretrizes terapêuticas previstas, não lhe é fornecido tratamento alternativo eficaz. Ambas as situações narradas podem ser incluídas no paradigma da inclusão.

Se, por outro lado, a concessão de determinado benefício social excede a capacidade da estrutura protetora, o referencial analítico deve ser modificado. Assim, supera-se o paradigma da inclusão, adentrando-se no paradigma da escassez. Muitas vezes as ações envolvendo direitos sociais são albergadas por este paradigma, tendo em vista que a concessão de determinada prestação a um indivíduo pode implicar a negação desse mesmo benefício a outro (em razão da escassez de recursos disponíveis). A função dos magistrados, nesses casos, deve ser a de garantir que a distribuição de recursos operada pelos governantes não permaneça incompatível com as prescrições da Constituição.³² Esse paradigma compreende as situações em que a prestação material pleiteada não pode ser considerada, de imediato, direito subjetivo dos reclamantes, de modo que eventual decisão judicial obrigaria o Estado ao remanejamento de recursos financeiros para atividades não previstas inicialmente.

O paradigma da escassez situa-se nas hipóteses em que se está diante de bens escassos, ou seja, bens que não podem satisfazer todos os indivíduos que pretendem ter acesso a eles. Desse modo, não se pode dizer, *a priori*, que a não concessão de determinada tutela resulta numa atitude inconstitucional do Estado. Será

³¹ Ora, estando o agente público vinculado à política pública, em nível de autovinculação, a determinação judicial não significaria qualquer intromissão indevida ou violação à separação dos Poderes.

³² GROSMAN, *Escasez e igualdad...* op. cit., p. 40.

constatada lesão ao texto constitucional quando a decisão distributiva dos agentes públicos mostrar-se incompatível com ele. O paradigma da escassez, portanto, não é autossuficiente: para resolver os casos sob este rótulo, é necessário recorrer aos valores consignados na própria Constituição.³³ São esses valores que dão conteúdo ao paradigma da escassez.³⁴

É justamente a necessidade de se valer de um elemento externo o traço que distingue o paradigma da escassez dos demais paradigmas. Nos paradigmas do abuso e da inclusão não são relevantes as consequências distributivas da decisão, pois existem padrões normativos capazes de demonstrar a existência de direito subjetivo do cidadão. Nessa esteira, simples conduta abusiva ou excludente é determinante para balizar a atuação judicial. Ainda que a decisão nessas hipóteses tenha repercussões financeiras, o Estado deverá garantir as alocações necessárias para assegurar a concretização das prestações materiais já reconhecidas como direitos subjetivos pelo ordenamento jurídico – a intervenção judicial não terá caráter realocativo, apenas determinará as correções necessárias para garantir a oferta daquelas prestações.

Nos casos sob o paradigma da escassez é necessário definir um critério adicional, fundamentado na própria Constituição, que funcionará como parâmetro a partir do qual se pode definir se a distribuição de recursos realizada pelo Estado foi constitucional.³⁵

³³ Ressalte-se que o paradigma da escassez não desobriga o juiz a encontrar na Constituição e na ordem jurídico-positiva o fundamento de sua decisão. Assim, o provimento jurisdicional, para ser justo, deverá estar pautado nos *standards* de justiça presentes no próprio texto constitucional. Como ensina Clèmerson Merlin Clève, “o padrão de Justiça, por evidente que não será encontrado em nenhum referencial arbitrário, aprioristicamente deduzido desta ou daquela concepção filosófica, mas, sim, na própria Constituição, quando se trate de uma Constituição Democrática como a brasileira.” CLÈVE, “Poder Judiciário... op. cit, p. 666.

³⁴ GROSMA, *Escasez e igualdad...* op. cit., p. 40.

³⁵ Como alerta Grosman, se os tribunais não definem um critério para sua atuação nos casos do paradigma da escassez, desemboca-se em um

Lucas Grosman adota a noção de “igualdade estrutural de oportunidades” como critério para se avaliar se a escolha distributiva do governo foi ou não constitucional (o autor fundamenta a escolha desse critério na própria Constituição argentina; não se trata, portanto, de eleição arbitrária, mas devidamente fundamentada). De maneira superficial, por este critério a escolha alocativa feita pelo Estado será constitucional quando contribuir para que a estrutura social seja modificada, permitindo que as pessoas possam disputar em pé de igualdade (ou o mais próximo disso) as oportunidades de satisfação de seus desejos pessoais.³⁶

Em suma, o desenvolvimento teórico de Lucas Grosman permite balizar a atuação do magistrado, entabulando padrões que identifiquem se a escassez de recursos é juridicamente relevante no caso sob análise. Em outras palavras, o constructo do autor viabiliza com maior clareza delinear as hipóteses em que a reserva do financeiramente possível pode ser ativada. E apenas nas situações sujeitas ao paradigma da escassez aquela restrição pode ser oposta. Vale dizer, nos casos em que o conteúdo da prestação demandada não se encontra delimitada em termos normativos, seja pela Constituição seja pela legislação ordinária, a reserva do possível poder ser relevante para a decisão judicial.³⁷

vácuo de justiciabilidade, quando nem os demais órgãos judiciais nem os administradores têm ciência dos limites alcançados pelo respectivo direito social. Nesse contexto, segundo o doutrinador, o Poder Judiciário acaba por adotar, ainda que implicitamente, o critério da “ordem de chegada”, quando o acesso ao direito assegurado pela Constituição depende da habilidade de cada indivíduo de chegar aos tribunais em tempo oportuno. GROSMAN, Idem, p. 63.

³⁶ Para uma análise aprofundada, cf. GROSMAN, Idem, p. 65-94.

³⁷ Nesse sentido, Jorge Reis Novais aponta que “(...) progressivamente, essa indeterminabilidade de conteúdo dos direitos sociais é superada através da actividade conformadora e densificadora levada a cabo pelo próprio legislador ordinário. Ora, quando e à medida em que essa superação da indeterminabilidade se verifica, reduz-se correspondentemente a força de impacto da reserva do possível (...)” NOVAIS, *Direito sociais...* op. cit., p. 282.

Importa destacar, assim, que a atividade conformadora do legislador infraconstitucional permite, progressivamente, superar a indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais, restringindo o impacto da restrição de ordem financeira. É o que ocorre especialmente com o direito à saúde, cuja densidade normativa oferece padrões satisfatórios para a definição, no caso concreto, da pertinência ou não da prestação reclamada judicialmente, diminuindo consideravelmente o espectro de incidência da reserva do financeiramente possível.

IV. CONCLUSÕES

A disponibilidade financeira do Estado é um aspecto inafastável para a compreensão a respeito da eficácia e efetividade dos direitos sociais. No entanto, o presente estudo buscou apontar que este elemento não pode ser compreendido de maneira dissociada de outros aspectos da teoria dos direitos fundamentais, sob pena de serem formulados juízos precipitados e inconsistentes. Assim, mais relevante do que se questionar quanto custa eventual pretensão de direito fundamental é perguntar: tal pleito encontra-se albergado pelo ordenamento jurídico? Essa mudança de perspectiva exige, naturalmente, um refinamento dos critérios de análise do direito fundamental em questão. Nessa toada, imprescindível investigar a disciplina normativa do bem pretendido, bem como a validade das decisões políticas sobre a alocação dos recursos públicos. O que não se admite é a utilização do argumento genérico de “ausência de recursos financeiros” para se negar eficácia a norma jusfundamental.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BACELLAR FILHO, R. F., *Direito Administrativo e o novo Código Civil*, Fórum, Belo Horizonte, 2007.

CALIENDO. P., “Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação” (Orgs. I. W. Sarlet ; L. B. TIMM) em, *Direitos fundamentais:*

orçamento e “reserva do possível”, 2ª ed. rev. e ampl., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

CLÈVE, C. M., “A eficácia dos direitos fundamentais sociais” (Coord. R. F. Bacellar Filho,; E. Gabardo; D. W. HACHEM) em, *Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*, Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo, Fórum, Belo Horizonte, 2011.

- “Poder Judiciário: autonomia e justiça”(Org. C. M. Clève; L. R. Barroso) em, *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional. Vol. IV*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

GROSMAN, L., *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*, Libreria, Buenos Aires, 2008.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R., *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, New York, 1999.

NOVAIS, J. R., *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra, 2003.

- *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2010.

PEREIRA, A. L. P., *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Curitiba, 2009. 287 f. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná.

SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed., rev. atual. e ampl., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

SGARBOSSA, L. F., *Crítica à teoria dos custos dos direitos: reserva do possível. Vol. I*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2010.

SILVA, V. A. da, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., 2ª tir., Malheiros, São Paulo, 2011.

- “O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais” (Coords. C. P. Souza Neto; D. Sarmiento) em, *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

SEXTA PARTE

**TUTELA Y GARANTÍA DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES**

PROCESSO JUDICIAL COLETIVO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ECONÔMICOS E SOCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Daniel Wunder Hachem

Professor do Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

I. INTRODUÇÃO

O tema da titularidade individual e/ou transindividual dos direitos fundamentais tem apresentado no Direito brasileiro acentuada importância, especialmente no que diz respeito à sua exigibilidade. Contudo, não é raro, na doutrina e na jurisprudência, verificar-se certa obscuridade em relação a esse capítulo da dogmática constitucional, em um cenário no qual há referências a várias “espécies” de direitos humanos e fundamentais. Fala-se em direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais. Mas, ao mesmo tempo, alude-se a direitos individuais, transindividuais, coletivos, difusos, individuais homogêneos, sem que haja uma precisão quanto ao critério que diferencia tais categorias. Surge então a pergunta: o fator que distingue tais “modalidades” – supostamente diversas – de direitos fundamentais é a sua titularidade?

A confusão que se instala nessa seara deve-se, em parte, à malfadada “fantasia das chamadas gerações de direitos”.¹ A tradicional referência ao surgimento de distintas gerações de direitos fundamentais, que foram sucessivamente positivando nas Constituições direitos de diferentes espécies, gerou a seguinte explicação reducionista: (a) a *primeira geração* seria fruto do “Estado Liberal de Direito” de fins do século XVIII, momento em que se

¹ A expressão é de TRINDADE, A. A. C., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. I*, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997. p. 24-25.

reconheceram como direitos essenciais do homem as liberdades individuais, cujo conteúdo se limitaria a restringir o campo de atuação do Poder Público, dirigindo-lhe o *dever de abstenção de interferência nas esferas jurídicas dos cidadãos*; (b) a *segunda geração* emergiria com o “Estado Social de Direito”, que teve seus embriões no início do século XX mas cuja consolidação se deu após a Segunda Guerra Mundial, modelo no qual direitos dos trabalhadores e direitos a prestações fáticas como saúde, educação e assistência – batizados de “direitos sociais” – passaram a ser constitucionalmente recolhidos, com a característica primordial de impor *deveres de ação positiva e interventiva ao Estado*, para a promoção da igualdade material e da justiça social; (c) a *terceira geração*, nascida no último quarto do século XX, teria derivado da necessidade de tutela de bens jurídicos indivisíveis em uma sociedade de massa, tendo como traço distintivo a *titularidade transindividual – coletiva e difusa – dos direitos*, haja vista a impossibilidade de apropriação individual dos interesses por eles resguardados.

A doutrina, já há algum tempo, vem tecendo críticas procedentes a essa classificação, sob o *ponto de vista histórico*. De um lado, porque ela faz transparecer uma substituição paulatina da geração anterior pela subsequente, quando na realidade os direitos não previstos anteriormente complementam aqueles que já haviam sido salvaguardados, agregando novos conteúdos protetivos ao ser humano sem abandonar as pretensões jusfundamentais previamente tuteladas, formando um bloco de proteção indivisível. Essa complementaridade e indivisibilidade se verificariam, por exemplo, pelo fato de que sem condições materiais de existência digna, propiciadas pelos direitos sociais, as liberdades individuais não poderiam ser efetivamente exercidas.² De outro lado, porque essa construção retrata um quadro eurocêntrico e historiograficamente inadequado, visto que nem todos os Estados passaram por todas essas etapas, ou não

² PIOVESAN, F., *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, Saraiva, São Paulo, 2007. p. 13.

vivenciaram a positivação de tais direitos nessa mesma ordem cronológica.

Alguns autores propõem, em razão disso, modificar a nomenclatura de *gerações* para *dimensões*, tentando afastar as aludidas impropriedades.³ Mas a mudança, na prática, não altera em absolutamente nada o problema. Embora tais refutações sejam válidas, elas não constituem o principal defeito da classificação geracional dos direitos fundamentais. Não é preciso muito esforço para perceber que os direitos de liberdade continuam sendo albergados nas Constituições dos Estados verdadeiramente democráticos, ainda que com o advento dos direitos sociais e dos transindividuais, que logicamente não os substituíram, ou que a sequência supramencionada não reflete a experiência de todas as nações contemporâneas, tratando-se de uma generalização inidônea.

O grande prejuízo encontra-se no *plano jurídico-dogmático*, e deriva da suposição de que cada uma dessas “espécies” de direitos fundamentais possui caracteres jurídicos que lhe são próprios e que a distinguem das outras modalidades.⁴ Dessa explanação advêm *dois mitos*, que pairam sobre o senso comum teórico dos direitos fundamentais e consistem em verdadeiros entraves para a

³ SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010. p. 45.

⁴ Essa explicação, da qual se discorda frontalmente pelos motivos adiante expendidos, é apresentada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao afirmar que “as três gerações, como o próprio termo *gerações* indica, são os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem ‘famílias’ de direitos. Estes têm assim características jurídicas comuns e peculiares. Ressalve-se, no entanto, que, no concernente à estrutura, há direitos que, embora reconhecidos num momento histórico posterior, têm a que é típica de direitos de outra geração. Mas isso é um fenômeno excepcional”. FERREIRA FILHO, M. G., *Direitos Humanos Fundamentais*, 14ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012. p. 24. Diferentemente do autor, o que se sustentará no presente trabalho é que a estrutura e as características de todos os direitos fundamentais é rigorosamente a mesma, não havendo qualquer excepcionalidade nisso.

apreensão de sua complexidade (e, conseqüentemente, para a sua realização integral e não meramente parcial). Ambos conduzem a um prestigiamiento da força jurídico-imperativa dos direitos chamados “de primeira geração”, pois só estes se amoldariam com perfeição aos caracteres da figura que confere ao cidadão o mais alto nível de proteção pelo Direito: o *direito subjetivo*.

O primeiro mito, decorrente da divisão entre a primeira e a segunda geração, é a ideia de que os direitos de liberdade prescindem de prestações positivas fáticas e normativas para a sua proteção, diferentemente dos direitos sociais, que careceriam de regulamentação do seu conteúdo e altos custos para serem implementados. Isso conferiria aos primeiros a condição de genuínos *direitos subjetivos* (*públicos*, porque oponíveis ao Estado), dotados de aplicação imediata e independente de lei integrativa, cuja satisfação total se alcançaria mediante uma ordem judicial de não fazer expendida ao Poder Público. Aos segundos, por sua vez, faleceria o *status* de verdadeiros *direitos subjetivos*, na plenitude do termo. Embora pudessem ser reivindicados judicialmente, sua efetivação dependeria da existência de regulamentação infraconstitucional e de disponibilidade orçamentária. Careceriam de aplicabilidade imediata, portanto. Contra esse mito, parte da doutrina e da jurisprudência acabou por opor o argumento de que se tratariam sim de autênticos direitos subjetivos, integralmente exigíveis na esfera judicial, tentando enquadrá-los nas categorias antes citadas, criadas no século XIX.⁵ Tal proposta de combate, no entanto, revela-se também inapropriada e não resolve a questão.

O segundo mito está no reconhecimento de uma titularidade transindividual somente a determinados direitos, ditos “de terceira geração”. Essa noção induz ao entendimento de que certos direitos fundamentais são, por essência e em sua totalidade,

⁵ Valendo-se da figura do direito subjetivo para conferir efetividade às normas constitucionais programáticas no campo dos direitos fundamentais sociais: FERRARI, R. M. M. N., *Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001. p. 220 e ss.

titularizados somente por grupos determinados ou por uma coletividade indefinida. Seria o caso do meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Tais direitos não seriam passíveis de tutela judicial individual, mas somente por instrumentos processuais coletivos. Isso enfraqueceria a sua proteção jurídica, pois se inúmeros sujeitos têm igual interesse em sua tutela, seria impossível amoldá-los ao conceito de *direito subjetivo*, seja em sua feição privatista ou publicista, eis que um dos elementos essenciais dessa figura seria a atribuição de titularidade a um indivíduo determinado.

Esses dois mitos levam a uma *visão de túnel* dos direitos fundamentais: olha-se apenas para a função de defesa dos direitos de liberdade, para a função de prestação fática dos direitos sociais e para a titularidade transindividual dos direitos coletivos, quando na realidade todos ostentam essas três características. Por conta da complexidade de sua natureza jurídica e estrutura normativa, todos os direitos fundamentais reúnem concomitantemente a totalidade dos traços que supostamente seriam peculiares a cada uma das gerações: (i) impõem deveres negativos ao Estado; (ii) dirigem ao Poder Público obrigações de fornecer prestações fáticas e normativas; (iii) ostentam a titularidade transindividual alegadamente exclusiva dos “direitos de terceira geração”, bem como, simultaneamente, a titularidade individual pretensamente típica dos “direitos de primeira e segunda geração”.

Já há tempos a doutrina vem criticando o primeiro mito, ao admitir que a imposição de condutas negativas e positivas (materiais e normativas) ao Estado é característica tanto dos direitos de liberdade quanto dos direitos sociais.⁶ Mas em geral, os

⁶ Entre outros: HOLMES, S.; SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011. p. 55 e ss.; ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2004. p. 24; KRELL, A. J., *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002. p. 47; AMARAL, G., *Direitos, escassez e escolha: em busca de critérios*

autores que a tecem não explicam como é que isso resolve a aparente dificuldade de aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais. Normalmente, mesmo reconhecendo que os direitos de todas as gerações pressupõem deveres de ação e abstenção estatal, costumam sustentar que todos eles desfrutam de aplicabilidade direta, mas afirmam que o grau de exigibilidade das liberdades públicas é maior do que o dos direitos sociais.⁷ Esse tema, todavia, não será objeto de investigação neste estudo.

O que se busca analisar no presente artigo é a questão da titularidade dos “DHESCA” – direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais, doravante sintetizados na expressão “direitos fundamentais sociais” – tais como educação, moradia, assistência social, saúde e proteção do meio-ambiente. Note-se que aqui não se está diferenciando direitos ditos de “segunda” e de “terceira geração”, uma vez que as confusões costumam ocorrer exatamente no campo dos chamados “direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais” e dos “direitos transindividuais” (coletivos e difusos, entre os quais habitualmente se inserem os direitos relacionados à proteção do meio-ambiente). A divergência existente nessa temática apresenta-se nos seguintes termos: (i) ao prever os direitos fundamentais sociais, a Constituição confere a sua titularidade aos cidadãos *individualmente*, permitindo a cada um exigir de maneira isolada a tutela administrativa e/ou judicial do bem jurídico em questão? Ou (ii) a titularidade de tais direitos é atribuída pelo ordenamento constitucional de forma *transindividual*, o qual a outorga a grupos determinados ou à coletividade globalmente considerada, possibilitando a reivindicação de sua proteção administrativa e/ou judicial somente pela via coletiva?

jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, Renovar, Rio de Janeiro, 2001. p. 69 e ss.

⁷ SARLET, *A eficácia...* op. cit., p. 268 e 271; SILVA, V. A.da, “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”, (Coords. C. Pereira de Souza Neto; D. Sarmento). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. p. 593-594 e 597.

Em outras palavras, a polêmica reside em saber se os bens jurídicos protegidos constitucionalmente sob as vestes de direitos fundamentais sociais são divisíveis ou indivisíveis. No primeiro caso, estar-se-ia diante de direitos de titularidade individual, passíveis de ser tutelados singularmente. Na segunda hipótese, tratar-se-iam de direitos de titularidade transindividual, que só admitiriam proteção pelo sistema de tutela coletiva.

A controvérsia, ao que tudo indica, deriva da nomenclatura emprestada aos direitos sob exame – adjetivados de *sociais* – que poderia conduzir à ideia de que eles são titularizados apenas pela *sociedade*, de modo, portanto, *transindividual*. Seriam distintos dos tradicionais direitos *individuais*, cuja titularidade seria conferida ao *indivíduo* e permitiria a sua postulação isolada.⁸ Nessa linha, a dúvida que surge é se o rótulo que o constituinte imprimiu ao Capítulo II (“Dos direitos *sociais*”) do Título II da Constituição diz respeito ou não à extensão da titularidade dos direitos ali consagrados.

A relevância dessa discussão consiste no fato de que são extremamente frequentes na doutrina e na jurisprudência brasileira afirmações em ambos os sentidos. De um lado, há manifestações no sentido de que a titularidade dos direitos sociais é individual,⁹

⁸ Nesse sentido, Fernando Facury Scaff, após criticar a posição do STF que reconheceu a saúde como “um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo”, sustenta que, com isso, “confunde-se *direitos individuais* com *direitos sociais*”. SCAFF, F. F., “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível” (Coords. I. W. Sarlet; L. Benetti Timm) em, *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010. p. 146-148.

⁹ É o que sustenta Celso Lafer: “os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade” (LAFER, C., *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, São Paulo,

admitindo sua sindicabilidade judicial por um único cidadão. De outro, encontram-se aqueles que sustentam que a satisfação desses direitos só poderia ser realizada mediante um atendimento coletivo, criticando a concessão de prestações judiciais individuais.¹⁰

Uma demonstração dessa dicotomia pode ser observada a partir de duas pesquisas realizadas na jurisprudência de tribunais brasileiros sobre pedidos judiciais de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV, envolvendo, portanto, um direito fundamental social: a saúde.

A primeira delas examinou todos os acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito do acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito do tema proferidos entre janeiro de 1997 e junho de 2004.¹¹

1988. p. 127). No mesmo sentido, tratando especificamente do tema da saúde, Fernando Mânica afirma que “é possível compreender o direito à saúde como um direito fundamental social individual”. MÂNICA, F. B., “Saúde: um direito fundamental social individual”, *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, v. 1, 2011, jul./dez., p. 21-34.

¹⁰ Ao que tudo indica, é a posição de autores como Fernando Facury Scaff e José Reinaldo de Lima Lopes. Ambos negam a possibilidade de se exigir judicialmente prestações estatais individuais no campo da saúde, por considerá-la um direito social que deve ser satisfeito pelo Estado somente pela via coletiva, sob pena de ofensa à igualdade. Ver: SCAFF, F. F., “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível” (Coords. I. W. Sarlet; L. B. Timm) em, *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010. p. 146. e LOPES, J. R. de L., “Em torno da “reserva do possível”” (Coords. I. W. Sarlet; L. B. Timm) em, *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 158-159.

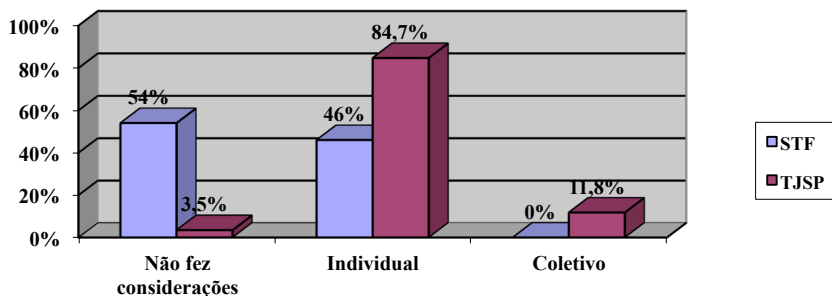
¹¹ FERREIRA, C. D.; OLIVEIRA, A. C. C. de; MACHADO, A. Mª F.; NAHOUM, A. V.; FERRÃO, B. L. de M.; CARDOSO, E. L. C.; FRANCO, L. A.; GUERRA, M. G.; BRAGA, M. A. C.; PUCCI, R. D.; BURANELLI, V. C., “O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS” em, *Prêmio Ipea 40 anos - IPEA-CAIXA 2004: monografias premiadas*, IPEA, Brasília, 2005. p. 389-431.

A segunda, realizada no ano de 2005, buscou todas as decisões já exaradas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da temática, encontrando ao todo 48 julgados.¹² Do total das decisões do TJSP, concluiu-se que em 84,7% o direito à saúde foi considerado como individual, em 11,8% como coletivo e em 3,5% não houve considerações a esse respeito. Na jurisprudência do STF, por sua vez, verificou-se que em 46% dos julgados o direito em apreço foi encarado como individual, em nenhum deles (0%) foi classificado como coletivo, e os demais 54% das decisões não mencionavam expressamente essa questão.

Um gráfico extraído da segunda pesquisa, estabelecendo um quadro comparativo entre as duas investigações,¹³ bem ilustra essas informações:

¹² Os julgados encontrados pela pesquisa citada foram: (i) acórdãos: RE 242.859/RS; RE 264.269/RS; AgRE 273.834/RS; AgRE 255.627/RS; AgRE 273.042/RS; AgRE 281.080/RS; AI Agr 486.816/RJ; AgRE 271.286/RS; AgRE 257.109/RS; AgRE 268.479/RS; AgRE 259.508/RS; (ii) decisões monocráticas: RE 310031/SP; STA 34/SP; AI 396.973/RS; RE 234.016/RS; RE 253.454/RS; RE 280.642/RS; RE 273.042/RS; RE 247.352/RS; RE 246.262/RS; RE 244.087/RS; RE 237.367/RS; AI 232.469/RS; RE 370.959/RS; AI 418.320/RS; RE 259.415/RS; RE 293.379/RS; RE 298.993/RS; RE 281.080/RS; RE 247.119/RS; AI 286.933/RS; RE 277.573/RJ; RE 278.402/SP; RE 241.630/RS; RE 247.095/RS; RE 276.640/RS; RE 271.286/RS; RE 270.890/RS; RE 253.741/RS; AI 238.328/RS; RE 273.834/RS; RE 247.900/RS; RE 248.300/RS; RE 234.017/RS; RE 246.242/RS; RE 232.335/RS; RE 236.644/RS; RE 267612/RS. BARBOSA, M. G., “O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV”, *Revista Jurídica*, v. 9, n. 88, dez./2007-jan./2008, p. 01-39, p. 13. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf>. Acesso em 15 jan. 2013.

¹³ BARBOSA, *O Supremo Tribunal Federal...* op. cit., p. 15.

Direito à saúde: individual ou coletivo?

O debate, como se vê, gira em torno do enquadramento ou não dos direitos sociais na conceituação tradicional de direito subjetivo (ou de direito público subjetivo). Ocorre que os direitos fundamentais se configuram no atual Estado Constitucional de Direito como uma categoria jurídica autônoma, dotada de um regime jurídico especial, dadas as características peculiares que informam essa espécie de direitos. E um desses traços particulares é a sua estrutura normativa bidimensional. Além de conferirem posições *subjetivas* ao cidadão no marco de uma relação jurídica com o Estado, que autoriza o titular individualizado a exigir determinadas condutas ativas e passivas do destinatário, os direitos fundamentais expendem deveres *objetivos* ao Poder Público que o obrigam a proporcionar condições de exercício e de proteção de tais direitos, independentemente de provocação do particular. Essa última perspectiva escapa à noção de direito subjetivo e reclama maiores atenções quanto aos seus efeitos jurídicos. Portanto, a discussão precisa avançar. É nesses termos que o assunto deve ser tratado: deixando de lado a querela reducionista sobre a possibilidade de associar os direitos sociais à condição de direitos subjetivos, para, em vez disso, observar em que medida esse duplo caráter – subjetivo e objetivo – dos direitos

fundamentais influencia na questão da sua titularidade individual ou transindividual.

O reconhecimento dessa dúplici dimensão dos direitos fundamentais – é preciso frisar – não é novidade. Como se verá na sequência, é tema que já vem sendo de há muito mencionado no plano teórico, encontrando inclusive algum eco na jurisprudência estrangeira. Aliás, é comum e constante nas obras que se debruçam sobre o estudo dos direitos fundamentais a referência ao duplo caráter – subjetivo e objetivo – desses direitos. Porém, se de tais características não for possível extrair consequências jurídicas bem definidas e relevantes, a menção a elas pode, de um lado, tornar-se supérflua. Afirmar genericamente que além de conferir uma posição jurídica subjetiva os direitos fundamentais integram o Direito objetivo, pois derivam de um preceito normativo, seria uma obviedade. De outra parte, a alusão à dupla perspectiva dos direitos fundamentais que seja carente de precisões teóricas poderia funcionar como um coringa “no jogo da ciência jurídico-constitucional, válido para quase todas as situações de emergência”.¹⁴ Para negar ou para justificar a concessão judicial de uma pretensão jusfundamental pelo seu titular, bastaria alegar que a pretensão jurídica em questão ostenta uma dimensão subjetiva, a qual autorizaria a sua exigibilidade, ou que a aspiração postulada integra apenas a sua dimensão objetiva, não sendo passível de reivindicação direta pela via jurisdicional.

Assim, verifica-se a necessidade de aprofundar essa discussão, com vistas a responder a indagação antes apresentada. Inicialmente, este estudo apresentará uma premissa essencial à compreensão das propostas formuladas na sequência: a distinção entre *direito fundamental como um todo* (sentido amplo) e *pretensão jurídica jusfundamental* (sentido estrito), bem como o significado da *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais (item 2). A partir dessas noções, serão dois os principais objetivos deste artigo. O primeiro (item 3) se trata da tentativa de explicar que algumas das pretensões decorrentes de um determinado direito fundamental

¹⁴ ANDRADE, J. C. V. de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 108.

revelam-se como posições subjetivas exigíveis individualmente, ao passo que outras encontram-se associadas à dimensão objetiva do direito, ostentando titularidade transindividual. Diante disso, todo direito fundamental, quando considerado em sua integralidade, exhibirá tanto uma faceta individual quanto uma feição transindividual, a depender da pretensão em análise. O segundo escopo (item 4) consiste em tecer uma crítica ao intento de se enquadrar de forma genérica os direitos fundamentais em alguma das categorias previstas da legislação processual civil brasileira (individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo), haja vista que um mesmo direito enfeixa pretensões jurídicas distintas.

II. A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISTINÇÃO ENTRE “DIREITO FUNDAMENTAL COMO UM TODO” E “PRETENSÕES JURÍDICAS JUSFUNDAMENTAIS”

Uma das razões que conduz a ciladas no território dos direitos fundamentais é a falta de percepção a respeito da distinção entre enunciado normativo, norma e direito fundamental. O primeiro se trata do próprio texto normativo, é dizer, da expressão linguística deduzida na disposição legal, constitucional ou regulamentar. A segunda deriva de uma construção hermenêutica resultante da interpretação de um ou mais enunciados normativos. E o terceiro consiste no bem jurídico protegido pela norma.

Em um único dispositivo constitucional (*enunciado normativo*) é possível que estejam alojadas múltiplas *normas* e diversos *direitos fundamentais*. É o caso do art. 6º da Constituição Federal, que recolhe direitos como assistência, moradia e alimentação.¹⁵ E o contrário também é verdadeiro: uma única *norma*, protetiva de um *direito fundamental*, pode nascer de uma interpretação combinada de

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

uma variedade de *enunciados normativos*.¹⁶ O conteúdo da norma que tutela o direito à educação, por exemplo, é fruto de uma combinação de diferentes disposições constitucionais: (i) o inciso IV do art. 206, que assegura sua gratuidade em estabelecimentos oficiais; (ii) o inciso VII do art. 206, que impõe a “garantia de padrão de qualidade”; (iii) o inciso I do mesmo artigo, que institui como princípio a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (iv) o inciso III do art. 208, ao salvaguardar o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; (v) o já mencionado art. 6º, que o alberga genericamente posicionando-o no catálogo formal de direitos fundamentais; entre outras.

As disposições normativas que têm por objeto os direitos fundamentais apresentam-se de formas muito variadas. Algumas delas criam ou reconhecem direitos, como é o caso do art. 5º, XXXIV, “a” (direito de petição). Outras afirmam a proteção jurídica de determinados valores, como se passa com o art. 5º, VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença). Há, ainda, aquelas que impõem explicitamente, desde logo, obrigações positivas e negativas para a tutela dos bens jurídicos jusfundamentais por elas resguardados, como ocorre com o art. 5º, L (dever de criação de condições para que as presidiárias permaneçam com os filhos durante a amamentação) e LII (proibição de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião).

Nada obstante essa variedade na forma como são constitucionalmente tutelados os direitos fundamentais, os enunciados normativos que sobre eles versam possuem ao menos três aspectos comuns: (i) primeiramente, por dirigirem de modo explícito ou implícito ao Poder Público, destinatário imediato ou mediato desses direitos¹⁷, ordens jurídicas de fazer ou não fazer;

¹⁶ NOVAIS, J. R., *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra, 2003, p. 52, nota nº 36.

¹⁷ Mesmo nos casos de direitos fundamentais incidentes nas relações interprivadas, a disposição constitucional impõe ao Estado o dever de

(ii) em segundo lugar porque, ainda que de formas distintas, tais disposições investem os seus titulares – indivíduos, agrupamentos determináveis ou uma coletividade indeterminada – em posições jurídicas de vantagem relativas à fruição dos bens jurídicos que elas visam a tutelar; (iii) finalmente, pelo fato de retirarem da esfera de deliberação democrática do legislador (ordinário e constituinte) a possibilidade de eliminar tanto as obrigações por elas impostas ao Estado, quanto as situações juridicamente vantajosas que conferem aos cidadãos.¹⁸

Frente a tais considerações, poder-se-ia pensar que as normas veiculadoras de direitos fundamentais seriam idênticas àquelas que, no Direito Privado, outorgam *direitos subjetivos* aos seus destinatários, com exceção do terceiro elemento acima referido (proteção do seu objeto contra a eliminação por maiorias parlamentares eventuais). A lógica de sua aplicação, por consequência, seguiria a mesma sorte que presidia a racionalidade própria do modelo forjado no século XIX: descumprida a obrigação e afetada a situação de vantagem do titular do direito, a este (sujeito individual determinado) caberia a propositura da ação judicial correspondente. Sendo assim, nos casos de violação, tudo seria simples. Qualquer inobservância aos deveres impostos pelas normas de *direitos fundamentais* seria passível de correção pelo Poder Judiciário. Eventuais questionamentos quanto à transposição da categoria *direito subjetivo* ao campo dos direitos fundamentais e quanto à resolução judicial dos conflitos gerados pelo seu descumprimento seriam respondidos com a pergunta: “se assim ocorre no Direito Privado, possibilitando o resguardo da integridade da esfera jurídica do titular do direito subjetivo, por que haveria de ocorrer de maneira diversa no Direito Público?”.

A melhor forma de iniciar a demonstração da impossibilidade de transpor de forma simplificada e descuidada o conceito tradicional de *direito subjetivo* ao plano dos direitos fundamentais é

tutelá-los no âmbito jurídico, especificando as formas de seu exercício, e de protegê-los contra os particulares nos casos de descumprimento.

¹⁸ NOVAIS, *As restrições...* op. cit., p. 54.

respondendo a indagação acima. Embora a arquitetura dos *enunciados normativos* possa parecer similar se analisada sob a perspectiva que animou a pergunta retórica acima, a estrutura jurídica das *normas* de direitos fundamentais, derivada da construção resultante de uma interpretação sistemática de tais enunciados, ostenta uma engenharia diferenciada que as caracteriza e distingue das demais. Cuida-se de uma especificidade dessa espécie de direitos.

Uma mesma norma de direito fundamental pode ser observada sob dois prismas diversos. Se vista pela óptica *subjetiva* – do titular do bem jurídico protegido – ela enfeixa uma multiplicidade de posições jurídicas autônomas que atribuem a ele situações de vantagem. Se examinada pela perspectiva *objetiva* – do objeto que ela visa a tutelar – a norma faz espargir um plexo de deveres jurídicos ao Estado, impondo-lhe diversas obrigações expressas ou implícitas quanto à salvaguarda do direito fundamental, independentemente de qualquer reivindicação subjetiva por parte do seu titular. Sob esse segundo ponto de vista, a norma jusfundamental compele objetivamente o Poder Público a criar condições reais e efetivas de fruição daquele bem jurídico pelos cidadãos, instituindo nos planos fático e jurídico estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais adequados para a sua proteção contra investidas estatais e dos particulares, e ferramentais aptos a permitir que os seus titulares exijam do Estado a adoção de medidas positivas para a sua integral realização. Como se perceberá a seguir, a segunda dimensão – objetiva – restará ignorada se os direitos fundamentais forem pensados tão-somente como direitos subjetivos. O tema será aprofundado no item 3.

A fusão entre essas duas dimensões (*subjetiva e objetiva*) das normas garantidoras de direitos fundamentais permite observar a sua *multifuncionalidade*. Trata-se de uma visão ampla, que viabiliza o estabelecimento de uma radiografia da *norma* jusfundamental, nela incluindo o amálgama de pretensões jurídico-subjetivas e deveres objetivos dedutíveis expressa e implicitamente dos inúmeros *enunciados normativos* que versam sobre um mesmo direito fundamental. Ela possibilita enxergar o direito fundamental *como*

um todo.¹⁹ Uma mesma norma, resultante de uma interpretação sistemática de vários dispositivos, apresenta múltiplas funções ligadas ao respeito, proteção e promoção do mesmo bem jurídico considerado essencial pela Constituição.

Assim, quando observado o direito fundamental em sentido amplo, ele se desdobra em várias funções: (i) de defesa contra investidas do Estado; (ii) de prestações materiais, fornecidas no mundo dos fatos; (iii) de prestações normativas, ligadas à proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem de forma universalizada o desempenho das demais funções.

Tome-se como exemplo o direito à saúde. Da interpretação sistemática dos enunciados constitucionais que versam sobre ele nasce um *direito fundamental* em sentido amplo que, se visto *como um todo*, congrega diversas *pretensões jurídicas jusfundamentais* com diferentes funções: (i) a liberdade de escolher as práticas diagnósticas, os métodos terapêuticos e os medicamentos que o titular do direito irá utilizar, restando vedada qualquer imposição estatal nesse sentido (*função de defesa*); (ii) o fornecimento de serviços médicos ambulatoriais ao cidadão (*função de prestação fática*); (iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas, como postos de saúde e hospitais públicos, bem estruturados para o atendimento da população em geral (*função de organização*); (iv) a elaboração de normas administrativas que regulamentem os requisitos para a distribuição gratuita de medicamentos pelo Estado, inclusive com a confecção das listas de medicamentos que integram o componente básico da Assistência Farmacêutica (*função de procedimento*); (v) a definição de uma política de vigilância sanitária, que fixe normas proibitivas à comercialização de produtos e insumos que possam causar risco à saúde, fiscalizando a sua regular observância pelos particulares (*função de proteção*).

¹⁹ Terminologia formulada por ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 214.

O mesmo se diga em relação ao direito à educação. Na sua condição de direito fundamental como um todo, ele engloba diversas pretensões jurídicas específicas, tais como: (i) a liberdade de aprender e ensinar, sendo defesa a imposição de métodos educacionais pelo Estado (*função de defesa*); (ii) a prestação de atendimento educacional especializado aos deficientes (*função de prestação fática*); (iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas que ofereçam gratuitamente o serviço público de educação (*função de organização*); (iv) a regulamentação de como se dará o acesso igualitário aos estabelecimentos públicos de ensino, tais como as universidades (*função de procedimento*); (v) a criação de normas que definam critérios de padrão de qualidade, bem como a sua fiscalização pelo órgão competente, para impedir que a exploração dessa atividade pelos particulares seja realizada abaixo dos níveis adequados (*função de proteção*). Nos exemplos citados, cada uma dessas pretensões jurídicas pode ser identificada em um dispositivo específico da Constituição Federal (art. 206, I, II, IV, VII e art. 208, III).

Feitas essas considerações conceituais a propósito da distinção entre *enunciado normativo*, *norma* e *direito fundamental*, e analisada a estrutura jurídica complexa das normas de direito fundamental (composta por uma dupla dimensão – *objetiva* e *subjetiva* – e caracterizada por sua *multifuncionalidade*), impõe-se um quarto esclarecimento: a diferenciação entre “direito fundamental” e “pretensão jurídica jusfundamental”.

Se observado o direito fundamental *como um todo*, pode-se perceber que dele decorrem multifárias *pretensões jurídicas*. Ou seja: uma compreensão global do direito fundamental como a acima referida, que parte de uma *norma* resultante da construção hermenêutica derivada de diversas disposições constitucionais, a ele irá associar uma pluralidade de posições jurídicas subjetivas que podem ser reclamadas pelo seu titular – embora nem todas pela via individual. Logo, num sentido amplo um *direito fundamental* se apresenta como um conjunto de *pretensões jurídicas* que o ordenamento constitucional assegura aos cidadãos. Ocorre que, numa acepção estrita, cada uma dessas pretensões jurídicas isoladamente consideradas também pode ser chamada de direito

fundamental. Retomando um dos exemplos antes oferecido, o direito à educação considerado *como um todo* (sentido amplo) engloba todas as pretensões jurídicas já mencionadas; mas a pretensão jurídica de acesso gratuito ao serviço público de educação básica, vista singularmente, não deixa de ser igualmente um direito fundamental (sentido estrito).

De forma simplificada: se analisada a norma *como um todo*, a partir do conjunto de pretensões jurídicas por ela asseguradas, trata-se de um *direito fundamental em sentido amplo*; se tomada apenas uma das *pretensões jurídicas* dela emanadas, de forma isolada, cuida-se de um *direito fundamental em sentido estrito* (ou *posição de direito fundamental*).²⁰

Impõe-se admitir que essa distinção nem sempre é percebida. Quando alguém menciona o “direito à saúde” de forma genérica, é impossível dizer *a priori* se ele pode ou não ser postulado judicialmente por um sujeito individual. A que se está referindo exatamente? Ao direito fundamental à saúde como um todo (sentido amplo) ou a uma pretensão jurídica isolada, decorrente da norma jurídica que o consagra (sentido estrito)? Nesse último caso, a qual das diversas posições jurídicas dela derivadas se está aludindo? Se a resposta for “à pretensão de criação de uma estrutura organizacional para a prestação eficiente do serviço (*v.g.*, hospital público) e adequada fruição da saúde pelos cidadãos”, a solução é uma; se for “à pretensão de fornecimento gratuito de medicamento inserido na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)”, a solução será outra.

Algumas pretensões jurídicas jusfundamentais, associadas à dimensão subjetiva do direito, podem ser postuladas individualmente. Outras, ligadas à sua perspectiva objetiva, só poderão ser reivindicadas por meio dos instrumentos de tutela coletiva, e desde que observados alguns requisitos que serão esboçados posteriormente. O que desde já importar salientar é que, diante dessas características especiais de que gozam os

²⁰ Em sentido similar: BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 81-82.

direitos fundamentais, é insuficiente e inapropriado tentar *reduzi-los* (e não elevá-los, como poderia parecer) à condição de direitos subjetivos individuais como estratégia para garantir a sua satisfação judicial. Isso poderá levar a atentados contra o princípio da igualdade, quando for concedida apenas para um jurisdicionado medida que deveria ser estendida a todos os titulares da mesma pretensão jusfundamental. Ou implicar óbices à sua efetivação integral, por se tratar de um modo de pensar que ignora a existência de pretensões jurídicas derivadas da dimensão objetiva, titularizadas por grupos e coletividades, que poderiam ser pleiteadas pelo sistema de processos coletivos (e que não se ajustam aos esquemas tradicionais do direito subjetivo individual).

A impossibilidade de se associar automaticamente *direito fundamental* e *direito subjetivo individual* não significa, nesse influxo, enfraquecer a sua proteção jurídica. Pelo contrário: um *direito fundamental* será sempre *mais* do que um mero *direito subjetivo*, concebido segundo o prisma tradicional.²¹ E isso por dois motivos: (i) primeiro, porque quando considerado *como um tudo* (sentido amplo), ele não engloba apenas uma, mas sim uma gama de pretensões jurídicas jusfundamentais (sentido estrito) que poderiam, *grosso modo*, ser consideradas como direitos subjetivos; (ii) segundo, porque além dessa dimensão subjetiva, a norma de direito fundamental apresenta uma perspectiva objetiva, que endereça implicitamente ao Estado, independentemente de determinações expressas ou de postulação subjetiva dos seus titulares, deveres objetivos de proporcionar as condições materiais e jurídicas adequadas para a tutela e exercício efetivos desses direitos, protegendo-os contra investidas estatais e particulares e criando mecanismos procedimentais que tornem possível a sua posterior exigibilidade subjetiva.

Por outro lado, conceber os direitos fundamentais necessariamente como *direitos subjetivos* significaria renegar a algumas das posições jurídicas específicas a eles associadas

²¹ Segundo Jorge Reis Novais, a categoria jurídica de direito subjetivo “não esgota estruturalmente o conceito de direito fundamental”. NOVAIS, *As restrições...* op. cit., p. 57.

(sentido estrito) o *status* de autênticos direitos fundamentais. Se para ostentar essa condição fosse imprescindível o enquadramento na categoria de direito subjetivo, aquelas parcelas do direito fundamental como um todo que se apresentam como deveres objetivos de ação estatal (*v.g.*, função de proteção contra violações por particulares) não poderiam ser reconhecidas como pretensões jurídicas jusfundamentais.

Portanto, o grande problema que gera graves confusões nessa temática está no fato de que, muitas vezes, alude-se ao direito fundamental *como um todo* (sentido amplo) para se discutir se é possível exigí-lo judicialmente ou não. Faz-se uma menção genérica ao direito (*v.g.*, direito à moradia, direito à educação...), sem demonstrar quais são as *posições de direitos fundamentais* (direito fundamental em sentido estrito) que estão englobadas pela norma jusfundamental em questão. Às vezes, por falta de concreção normativa, é difícil identificar claramente quais são os direitos fundamentais em sentido estrito (*posições jurídicas*) que derivam de determinada norma. Em outras palavras: há casos em que não se sabe com precisão quais relações jurídicas são estabelecidas pela norma de direito fundamental.

É preciso, pois, diferenciar as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, como pressuposto para verificar a questão relativa à titularidade (individual ou transindividual) desses direitos, e suas possíveis formas de tutela.

III. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FACETA TRANSINDIVIDUAL INERENTE A TODOS ELES

A proposta de se reconhecer um radical subjetivo a todos os direitos fundamentais (inclusive os sociais), que ganhou corpo no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, teve como meta possibilitar a sua sindicabilidade judicial. Representou, pois, uma estratégia voltada ao abandono da concepção que negava força jurídico-normativa às disposições constitucionais e, por consequência, gerava uma situação de desamparo ao titular de um

direito fundamental social cuja fruição não era assegurada pelo Estado, em razão de sua inércia.²²

O problema que se vivenciou no Brasil em um período subsequente, marcado por um ativismo judicial desenfreado,²³ não derivou simplesmente dessa construção teórica – a qual, como se verá, não se revela inadequada à realidade contemporânea. Afinal, os direitos sociais detêm, de fato, uma perspectiva subjetiva. As vicissitudes experimentadas pelo Poder Judiciário nacional advieram da centralização do campo de análise dos direitos fundamentais sociais a essa dimensão subjetiva. Convencidos de que os direitos sociais, como os demais direitos fundamentais, enquadravam-se na definição de direitos subjetivos, alguns juízes passaram a admitir a concessão judicial individualizada de pretensões jurídicas cuja titularidade era transindividual (difusa ou coletiva).

²² Um dos principais exemplos de defesa dessa estratégia de combate é a obra de Luís Roberto Barroso, ao afirmar que as normas constitucionais definidoras de direitos encaixam-se perfeitamente no esquema conceitual de *direito subjetivo*, baseado nas ideias de *dever jurídico*, *violabilidade* e *pretensão*. Sustenta o autor que o Estado, ao descumprir o dever jurídico ao qual se encontra constitucionalmente vinculado, violando o direito conferido ao cidadão que o titulariza, gera a este último a possibilidade de postular o cumprimento das prestações positivas e negativas que incumbiam ao Poder Público, inclusive mediante a propositura de ação judicial. BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 8ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p.100-101.

²³ O tema dos excessos do ativismo judicial no Brasil, com a apresentação de dados estatísticos a propósito dos impactos orçamentários das condenações judiciais em matéria de direito à saúde, foi explorado no artigo: HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013. p. 351-353. Disponível em:

<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>>. Acesso em 15 ago. 2013.

O que parece ter ocorrido foi a absorção apenas parcial do discurso doutrinário pela jurisprudência. Assimilou-se a explicação – realmente acertada – a respeito do caráter subjetivo dos direitos fundamentais, mas sem a incorporação concomitante do significado e dos efeitos jurídicos da feição objetiva de tais direitos. E com isso, passou-se a admitir a subjetivização individual de pretensões jusfundamentais de natureza transindividual – as quais, embora produzam efeitos jurídicos relevantes, nem sempre autorizam a postulação fracionada da prestação estatal, por conta de seu caráter indivisível. Nessa linha, concorda-se com Ingo Wolfgang Sarlet quando aponta que no Brasil, diferentemente do que se passa na Espanha e em Portugal, “a referida perspectiva objetiva dos direitos fundamentais ainda não foi objeto de estudos mais aprofundados, encontrando, por isso, tímida mas crescente (em termos qualitativos e quantitativos) aplicação”.²⁴

Faz-se necessária, assim, uma perquirição atenta acerca do conteúdo e das consequências jurídicas concretas que podem ser deduzidas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (3.1.), a fim de demonstrar que nela reside a titularidade transindividual inerente a todos esses direitos (3.2.).

1. Da dimensão subjetiva à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais: identificação de efeitos jurídicos relevantes

Os direitos fundamentais, em sua roupagem contemporânea, podem ser encarados sob dois prismas distintos. O primeiro e mais tradicional enfoque diz respeito à sua dimensão *subjetiva*: concebe as disposições definidoras de direitos fundamentais como normas constitucionais atributivas de uma posição jurídica subjetiva, que investe o seu titular na prerrogativa de exigir do destinatário da pretensão o cumprimento de uma determinada prestação positiva ou negativa. O segundo viés enxerga as normas de direitos fundamentais por uma perspectiva *objetiva*. Vistas por essa óptica, tais determinações constitucionais não se limitam a

²⁴ SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010. p. 141.

veicular direitos subjetivos: elas incorporam, para além disso, um conteúdo valorativo de natureza objetiva, que desencadeia efeitos jurídicos autônomos e diferenciados, transcendendo a estrutura relacional própria dos direitos subjetivos.²⁵

No que diz respeito à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, grande parte da doutrina a associa ao conceito de direito público subjetivo,²⁶ ou, simplesmente, de direito subjetivo. São autores que sustentam que essa perspectiva compreende “todas as faculdades suscetíveis de referência individual”, ao passo que a dimensão objetiva se limitaria apenas aos efeitos jurídico-normativos aos quais não correspondem direitos individuais.²⁷ Contudo, o raciocínio apresenta-se equivocado, pois a noção de *direito fundamental* representa uma categoria jurídica própria, que não precisa ser enquadrada no conceito de *direito subjetivo* nem ostentar *titularidade individual* para que possua exigibilidade.

A explicação pode ser resumida da seguinte forma: (i) os direitos fundamentais, quando considerados *como um todo*, enfeixam uma multiplicidade de pretensões jurídicas jusfundamentais, que dirigem deveres de distintas naturezas ao Estado (respeito, proteção e promoção); (ii) algumas dessas pretensões jurídicas, quando derivam de uma relação jurídica bem delineada, com a definição precisa do titular do direito, do sujeito obrigado e do conteúdo da prestação negativa ou positiva a ser demandada, apresentam uma *dimensão subjetiva*, que autoriza a sua exigibilidade pela via administrativa ou judicial; (iii) tais pretensões, dotadas de um radical subjetivo autorizador de sua sindicabilidade, podem possuir titularidade individual ou transindividual. Por esses

²⁵ DÍEZ-PICAZO, L, M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3^a ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008. p. 63; GAVARA DE CARA, J. C., *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*, Bosch Editor, Barcelona, 2011. p. 63.

²⁶ É o caso de GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994, p. 40, nota núm. 32, e de GAVARA DE CARA, *La proyección...* op. cit., p. 67.

²⁷ ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* op. cit., p. 110.

motivos, é inadequado e insuficiente associar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à noção de “direito subjetivo” e considerar necessária sua “titularidade individual”, já que tal racionalidade não engloba a ideia de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, nem admite com igual intensidade a tutela (e, por consequência, a exigibilidade) de pretensões de natureza transindividual.²⁸ O tema será objeto de maior atenção no item 4.

Em suma: compreender os direitos fundamentais em sua acepção *subjetiva* significa admitir que ao seu titular – que pode ser um sujeito individual, um grupo determinado ou uma coletividade indeterminável – é possível exigir em face do destinatário, pela via administrativa ou judicial, o cumprimento dos seus interesses protegidos pelo ordenamento jurídico na forma de bens jusfundamentais. Um dos traços que a peculiariza está, pois, na *exigibilidade* da prestação negativa ou positiva necessária à tutela do direito fundamental – e, portanto, independe de seu perfeito enquadramento nas estreitas amarras do conceito tradicional de direito subjetivo ou da possibilidade de ser reconduzível a um titular individual, singularmente determinado.

Portanto, uma das notas distintivas básicas entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais é o fato de que a primeira confere a um titular a possibilidade de exigir judicialmente o atendimento do dever jurídico objetivamente imposto ao Estado. Mas isso é apenas uma consequência da principal característica que peculiariza a perspectiva subjetiva: o estabelecimento de uma *relação jurídica* bem definida entre cidadão e Estado e a atribuição de uma *posição subjetiva* àquele, que acrescenta à sua esfera jurídica uma situação de vantagem na fruição de um bem jusfundamental, merecedora de tutela do Poder Público contra agressões estatais ou de outros particulares.

²⁸ Assim, afasta-se neste estudo da leitura de José Joaquim Gomes Canotilho, que vincula a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à noção de direito subjetivo individual. Cf.: CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003. p. 1256-1257.

A dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais, por sua vez, é menos perceptível do que a subjetiva.²⁹ Talvez por isso não seja tão invocada pela jurisprudência quanto essa última. A respeito da temática vertente, importa analisar: (a) a *fundamentação* e o *significado* da dimensão objetiva dos direitos fundamentais; (b) as *teorias* que permitiram a visualização desses direitos para além de sua perspectiva subjetiva; (c) o *reconhecimento jurisprudencial* dessa dimensão por algumas decisões pioneiras; (d) os *efeitos jurídicos* desencadeados pelo caráter objetivo dos direitos fundamentais.

(a) A *fundamentação* para o reconhecimento do prisma objetivo dos direitos fundamentais decorre da relevância de seu objeto.³⁰ Pelo fato de tais direitos tutelarem interesses e bens jurídicos determinantes para a ordem social, os deveres estatais de protegê-los transbordam da relação subjetiva estabelecida entre Poder Público e cidadão, assumindo a feição de princípios objetivos destinados a impulsionar a atuação de ofício do Estado e projetar o seu conteúdo axiológico por todo o ordenamento jurídico. Da dimensão objetiva é possível deduzir efeitos jurídicos autônomos derivados da norma de direito fundamental. Nessa medida, ela exerce uma função complementar à dimensão subjetiva,³¹ já que nem sempre o conteúdo jurídico-normativo do direito fundamental se esgotará na relação jurídica bilateral “posição subjetiva do cidadão”/“dever correlativo do Estado”.

O *significado* da faceta objetiva consiste no fato de que as consequências jurídicas da norma que assegura o direito fundamental como um todo (sentido amplo) ultrapassam o vínculo subjetivo cidadão-Estado e fazem impender sobre o Poder Público incumbências e obrigações gerais, necessárias a possibilitar o adequado e integral exercício das pretensões jurídicas jusfundamentais (direitos fundamentais em sentido estrito) de todos os cidadãos. Nesse sentido, a feição objetiva dos direitos

²⁹ DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos ...* op. cit., p. 63.

³⁰ GAVARA DE CARA, *La proyección...* op. cit., p. 11-12.

³¹ HESSE, K., *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 239.

fundamentais diz respeito à necessidade de protegê-los mediante a adoção de medidas, pelo Estado, que se apliquem à generalidade dos casos que envolvem os bens jurídicos por eles resguardados. Desde tal ponto de vista, deixa-se de conferir realce apenas à singularidade ou individualidade próprias das posições jurídicas subjetivas.³²

A identificação dessa perspectiva dos direitos fundamentais provém da compreensão, difundida no período pós-guerras, de que o conjunto desses direitos representa uma ordem axiológica capaz de legitimar o sistema constitucional, servindo de fundamento e limitação à atuação dos Poder Públicos e espalhando-se expansivamente por todo o ordenamento estatal. Os valores deles emanados passam a costurar o tecido normativo constitucional e infraconstitucional, orientando a compreensão e a interpretação de todos os princípios e regras integrantes da ordem jurídica. Sob esse viés, entende-se que mesmo dos enunciados constitucionais que objetivam, primariamente, investir o cidadão em uma posição jurídica subjetiva, é possível inferir conteúdos normativos objetivos e autônomos, aplicáveis inclusive fora de uma relação direta entre o Estado e indivíduo titular do direito em questão.³³ Vale dizer: mais do que simples restrições ao exercício do poder político pelo Estado, os direitos fundamentais se transformam ao longo do século XX, tornando-se um conjunto valorativo que passa a dirigir a atuação positiva dos poderes constituídos,³⁴ exatamente porque encarnam valores básicos da sociedade que se revelam como fundamentos de toda a ordem jurídico-política.³⁵

³² GAVARA DE CARA, J. C., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 13.

³³ NOVAIS, J. R., *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra, 2003, p. 58.

³⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2007. p. 21.

³⁵ DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos...* op. cit., p. 63.

A admissão dessa perspectiva derivou do desenvolvimento de algumas teorias de direitos fundamentais que buscavam apartar-se da lógica liberal-subjetivista-individualista, vinculada à natureza negativa ou defensiva desses direitos, que norteava a sua concepção forjada no século XIX. Possibilita-se, assim, a superação de um paradigma atrelado exclusivamente, em sua essência, a uma compreensão oitocentista de direitos fundamentais como posições jurídicas subjetivas, titularizadas por indivíduos, que podem ser judicialmente exigidas contra um Estado infrator de liberdades públicas.

(b) Ao longo do século XX, algumas *teorias* emergentes na transição entre os modelos liberal e social de Estado de Direito começam a identificar novas feições para as Constituições, que não mais se restringem à tutela de direitos subjetivos e individuais e passam a reconhecer nas disposições constitucionais uma função protetiva de valores coletivos. Entre tais construções teóricas, pode-se mencionar: (b.1.) a *teoria das garantias institucionais* de Carl Schmitt; (b.2.) a *teoria da Constituição como ordem de valores* de Rudolf Smend; (b.3.) a *concepção institucional* de direitos fundamentais de Peter Häberle; (b.4.) a *teoria social* dos direitos fundamentais.

(b.1.) Uma das primeiras manifestações teóricas que buscou admitir a existência de proteção constitucional a valores coletivos, fora do esquema liberal e individualista de direitos subjetivos, foi a noção de *garantias institucionais* de Carl Schmitt.³⁶ O autor afirmava que a regulação constitucional de determinadas matérias, que pretendia impedir a sua supressão do ordenamento jurídico pela via legislativa ordinária, nem sempre tinha por objeto direitos fundamentais. Poderia, também, visar à proteção das garantias institucionais, que para Schmitt se tratava de uma figura jurídica distinta.³⁷

³⁶ BERCOVICI, G., *Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese de Livre-Docência, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. f. 19.

³⁷ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927, p. 197-202.

Essas garantias representariam uma salvaguarda à essência das conformações jurídicas de determinadas instituições (públicas) ou institutos (privados), tais como o casamento, a propriedade e a autonomia universitária. A fixação do conteúdo dessas instituições e institutos pela Constituição estaria blindada contra eventuais desnaturações de sua estrutura efetuadas pelo legislador ordinário. As garantias institucionais seriam essa proteção conferida aos traços característicos de institutos constitucionalmente construídos, em face de leis corrosivas de suas vigas mestras. A ideia, portanto, era a de que a Constituição vincula o legislador não apenas quando enuncia direitos, mas também nos casos em que consagra instituições públicas (*v.g.*, autonomia municipal) ou institutos privados (*v.g.*, família). Ditas garantias imporiam ao Poder Legislativo um dever de respeito às instituições constitucionalmente contempladas, operando em duas frentes: (i) de um lado o impediriam de suprimi-las; (ii) de outro, reclamariam o resguardo de um conteúdo eficaz mínimo, sem o qual a sua existência seria meramente formal. Nesse último sentido, as garantias institucionais restringiriam a liberdade de conformação do legislador, proibindo eventuais regulamentações legais que desnaturassem o seu núcleo essencial.³⁸

É importante frisar que, embora se trate de uma teoria que buscava reconhecer a tutela constitucional de valores coletivizados, na formulação original de Carl Schmitt direitos fundamentais e garantias institucionais se tratavam de categorias claramente distintas. Nem mesmo os direitos subjetivos que derivassem de tais garantias poderiam ser encarados como direitos fundamentais genuínos. Para o autor, “o autêntico direito fundamental parte do dado do indivíduo com sua esfera de liberdade ilimitada em princípio”, ao passo que “uma instituição não pode ser tomada de maneira semelhante”.³⁹

No entanto, alguns autores contemporâneos associam o prisma objetivo dos direitos fundamentais à figura das garantias

³⁸ DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos...* op. cit., p. 60.

³⁹ SCHMITT, *Teoría de la Constitución...* op. cit., p. 201.

institucionais. Afirmam que tais complexos jurídico-normativos protegidos contra a ação do legislador ordinário podem dizer respeito a instituições ligadas aos direitos fundamentais (*v.g.*, imprensa livre) ou não (*v.g.*, autonomia municipal). Na primeira hipótese, costuma-se dizer que a dimensão objetiva desses direitos impõe ao Estado-legislador a proibição de desfigurar os contornos normativos essenciais de instituições relacionadas com posições jusfundamentais. Os efeitos jurídicos decorrentes de tal perspectiva se revelariam, portanto, como garantias institucionais.⁴⁰

Outros autores, de modo diverso, sustentam que todas as consequências que atualmente se buscam extrair da teoria das garantias institucionais para aplicar ao campo dos direitos fundamentais⁴¹ podem ser, de forma mais simples, deduzidas autonomamente do seu caráter objetivo, isto é, da sua condição de princípios objetivos ou valores superiores do ordenamento jurídico. Isso tornaria completamente desnecessário recorrer em matéria de direitos fundamentais à categoria das garantias institucionais, devendo esta expressão ficar reservada às instituições recolhidas constitucionalmente que devem estar garantidas contra a atividade do legislador.⁴²

(b.2.) A teoria das garantias institucionais, comumente lembrada quando se fala da natureza objetiva dos direitos fundamentais, merece referência mais por ter admitido a existência de uma tutela constitucional de valores coletivos do que por ter, efetivamente, associado essa transindividualidade aos direitos fundamentais – pois, como visto, não o fez. A primeira teoria que realmente

⁴⁰ Nesse sentido: ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* op. cit., p. 135.

⁴¹ *V.g.*, vinculação dos Poderes Públicos ao conteúdo dos direitos fundamentais, limites à atividade do legislador, deveres estatais de propiciar condições reais e efetivas para o seu exercício, etc.

⁴² GALLEGU ANABITARTE, *Derechos fundamentales...* op. cit., p. 267-270.

operou essa associação foi a *teoria da Constituição como ordem de valores*, de Rudolf Smend.⁴³

A teoria de Smend, sob a égide da Constituição de Weimar, objetivou emprestar ao conjunto de direitos e liberdades fundamentais por ela enunciados a finalidade de inspirar a interpretação de todo o sistema jurídico-político. Por meio de seu conteúdo valorativo, tais direitos teriam o condão de promover uma integração da ordem democrática. Trata-se de uma leitura que compreende os direitos fundamentais, para além de sua feição individual e defensiva, como valores objetivos que guiam todo o sistema jurídico e que, mercê de sua tutela constitucional, dirigem-se ao Estado e a todos os particulares impondo-lhes a obrigação de respeitá-los e observá-los.⁴⁴

A adesão a essa concepção de direitos fundamentais ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, como forma de contraposição ao formalismo jurídico que, apartando a ética do Direito, possibilitou as atrocidades nazistas. Uma das principais virtudes dessa teoria está em apontar as inconsistências da concepção positivista dos direitos fundamentais. Ao reconhecer a axiologia inerente a estes últimos, a teoria dos valores reconecta a Constituição formal com a Constituição material, alçando os direitos fundamentais à condição de princípios legitimadores do sistema jurídico-político.⁴⁵

Cumprir observar que essa visão, que encara a Constituição como ordem de valores, não propugna uma suposta ausência de normatividade constitucional. Pelo contrário. Ela pressupõe que as normas nela contidas – notadamente as que consagram direitos fundamentais – não se tratam apenas de disposições formais passíveis de posterior regulamentação técnica pela legislação ordinária. Para além de sua validade formal, a carga axiológica

⁴³ O tema é desenvolvido em SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 43-127.

⁴⁴ NOVAIS, J. R., *As restrições...* op. cit., p. 64.

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 304-305.

inerente ao conteúdo substancial de tais normas confere uma legitimação material à Constituição, reforçando com isso a sua imperatividade jurídica.⁴⁶

(b.3.) Outra teorização que contribuiu para a afirmação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais foi a *concepção institucional*, difundida especialmente por Peter Häberle.⁴⁷ Distintamente do pensamento de Carl Schmitt, que distinguia nitidamente direitos fundamentais e garantias institucionais, a formulação de Häberle imprime uma natureza institucional aos próprios direitos fundamentais, reunindo em um único conceito duas figuras que antes se apresentavam em contraposição.⁴⁸

Segundo tal teoria, para além da tradicional feição subjetivo-individual de tais direitos, eles apresentariam antes de tudo um caráter institucional objetivo, consistente na sua condição de institutos jurídicos garantidos constitucionalmente. E essa condição exige, consoante a visão institucionalista, que se atribua aos fins supraindividuais um papel importante na interpretação das normas de direito fundamental, devendo-se outorgar uma relevância relativamente menor aos princípios vinculados a bens individuais e um peso relativamente alto aos princípios ligados a bens coletivos.⁴⁹ Em razão disso, os direitos fundamentais deveriam ser limitados em sua faceta individual para reforçar a sua perspectiva institucional.⁵⁰ Assim, a fruição das pretensões subjetivo-individuais de seus titulares seriam consequências de uma proteção reflexa, oriunda do adequado cumprimento do

⁴⁶ GAVARA DE CARA, J. C., *La proyección...* op. cit., p. 62.

⁴⁷ HÄBERLE, P., *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, p. 115-174.

⁴⁸ HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 74; 93-96.

⁴⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 501.

⁵⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional...* op. cit., p. 1398.

dever estatal de salvaguardar os direitos fundamentais em sua qualidade de institutos jurídicos objetivos.⁵¹

A *teoria institucional* também deriva das novas necessidades dos direitos fundamentais no Estado Social, diante das insuficiências das compreensões criadas no marco do Estado Liberal. Ao identificar um duplo caráter aos direitos fundamentais, essa concepção afirma que o conteúdo desses direitos deve funcionalizar-se a partir de sua dimensão institucional para alcançar das metas sociais e coletivas plasmadas no tecido constitucional. Sob essa visão, os direitos sociais se revestem de natureza plenamente vinculante, ao dirigir ao Estado o dever de estabelecer o aparato institucional e prestar os serviços públicos necessários à efetivação dos postulados sociais e democráticos fixados constitucionalmente.⁵²

A crítica mais incisiva à concepção institucionalista consiste na sobrevalorização conferida à dimensão objetivo-institucional dos direitos fundamentais em detrimento de sua perspectiva subjetiva, o que poderia suscitar um enfraquecimento da garantia das liberdades individuais por estarem condicionadas à realização de interesses coletivos.⁵³ Para os críticos dessa visão, tal teorização conduziria à ideia de que, em última instância, o que deveria receber tutela seria a instituição e não o próprio exercício do direito, ocasionando uma inversão da lógica de proteção constitucional dos direitos fundamentais.⁵⁴

(b.4.) Finalmente, a *teoria social* dos direitos fundamentais contribui definitivamente para a construção de sua dupla dimensão. No quadro dos Estados Sociais e Democráticos de Direito, consolidados com maior vigor após a Segunda Guerra Mundial, ampliam-se qualitativamente o objeto e a esfera de proteção dos

⁵¹ NOVAIS, *As restrições...* op. cit., p. 59-62.

⁵² PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...* op. cit., p. 306.

⁵³ SARMENTO, D., *Direitos fundamentais e relações privadas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 139-140, nota 362.

⁵⁴ Crítica realizada por MARTINS, M^a D'O., *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 186.

direitos fundamentais. A garantia das liberdades individuais contra ingerências estatais arbitrárias continua necessária e merecedora de aprimoramentos, mas se revela insuficiente. A previsão dos direitos fundamentais passa a exigir do Estado o fornecimento de condições materiais e efetivas para o seu real exercício, que permitam a inserção e integração social do cidadão, com a superação de situações de necessidade.

A tese básica que subjaz à teoria social é a de que os direitos fundamentais têm como função a criação ou manutenção de estruturas sociais que proporcionem a máxima oportunidade possível para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, propiciando os subsídios fáticos necessários à fruição adequada das liberdades asseguradas no plano jurídico.⁵⁵ O elemento social deixa de ser encarado como algo externo e passa a ser concebido como um componente constitutivo da liberdade. Em contraposição ao que propunha a teoria liberal dos direitos fundamentais, essa concepção enxerga a intervenção estatal não como um limite, mas como uma forma de promoção de tais direitos.⁵⁶

Nesse cenário, a inclusão dos direitos sociais nas Constituições mostra-se emblemática. Além de conferirem pretensões jurídicas subjetivas aos seus titulares, tais direitos, para que possam ser gozados devidamente em sua integralidade, pressupõem atuações do legislador e da Administração Pública que viabilizem de modo universal o seu exercício pleno por todos os cidadãos. Com isso, deixam os direitos fundamentais de ser encarados somente desde o ponto de vista de sua titularidade individual (dimensão *subjetiva*), passando a ser compreendidos como fundamentos do sistema normativo, verdadeiras diretrizes constitucionais que orientam de maneira objetiva a atividade dos Poderes Públicos para o atendimento dos bens jurídicos por eles tutelados (dimensão *objetiva*).⁵⁷

⁵⁵ ALEXY, *Teoría de...* op. cit., p. 499.

⁵⁶ CANOTILHO, *Direito Constitucional...* op. cit., p. 1399.

⁵⁷ NOVAIS, *As restrições...* op. cit., p. 65-66.

Essa valorização dos direitos fundamentais em sua condição de deveres objetivos, que ultrapassa a sua compreensão restrita à ideia de direito subjetivo, é característica da transformação experimentada por esses direitos com a passagem de um modelo liberal para um paradigma de Estado Social e Democrático de Direito.⁵⁸

(c) Quanto ao *reconhecimento jurisprudencial* da feição objetiva dos direitos fundamentais, a doutrina costuma referir-se ao caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1958, como uma das primeiras manifestações judiciais a propósito do tema. Na ocasião, a Corte reconheceu que dos direitos fundamentais emana um conteúdo axiológico juridicamente vinculante, cujos efeitos se espalham por todo o ordenamento jurídico e condicionam a interpretação das normas infraconstitucionais. De tais direitos, portanto, decorre uma ordem objetiva de valores que opera como diretiva para a tomada de decisões da Administração Pública, do legislador e do juiz, incidindo, ademais, nas relações travadas entre os particulares. O desrespeito de um ato jurídico – regido por qualquer ramo do Direito – à axiologia que irradia desses direitos importará inconstitucionalidade.

Essa referência originária ao caráter objetivo dos direitos fundamentais emergiu com a discussão sobre a aplicabilidade desses direitos nas relações interprivadas. Questionava-se, no caso *Lüth*, se seria possível a invocação direta de tais direitos em face de outros cidadãos (e não contra o Estado), ou se eles incidiriam somente de maneira mediata, através das cláusulas gerais previstas pelas leis de Direito Privado. A Corte Constitucional alemã entendeu que a interpretação de cláusulas gerais enunciadas em leis de Direito Privado, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do Código Civil germânico, deve ser realizada à luz dos valores emanados dos direitos fundamentais.

Para alguns autores, como Ingo Wolfgang Sarlet, o caso *Lüth* apenas prosseguiu uma tendência já manifestada em julgados anteriores da Corte Federal Constitucional alemã, no sentido de

⁵⁸ SARLET, *A eficácia...* op. cit., p. 151.

que os direitos fundamentais, para além de constituírem direitos subjetivos das pessoas, apresentam-se também como “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciais e executivos”.⁵⁹

Cumpra citar, ademais, duas importantes decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Espanhol. Na primeira delas, prolatada em um dos primeiros anos de seu funcionamento (*Sentencia* nº 25/1981), a Corte consigna expressamente que os direitos fundamentais ostentam um caráter duplo: para além de sua faceta subjetiva, eles também se revelam como componentes essenciais do ordenamento objetivo da comunidade nacional, em sua condição de “marco de uma convivência humana justa e pacífica, plasmada historicamente (...) no Estado social e democrático de Direito”.⁶⁰ Na segunda (*Sentencia* nº 53/1985), o Tribunal chama atenção para as transformações experimentadas pelos direitos fundamentais no Estado Social de Direito, no que diz respeito ao seu âmbito, significado e função. Pontua que, de acordo com a doutrina contemporânea, tais direitos “não incluem somente direitos subjetivos de defesa dos indivíduos frente ao Estado, e garantias institucionais, mas também deveres positivos por parte deste”, e que eles representam a “expressão jurídica de um sistema de valores que, por decisão do constituinte, há de informar o conjunto da organização jurídica e política”. Assinala, em seguida,

⁵⁹ SARLET, Idem, p. 143.

⁶⁰ Confira-se trecho da decisão: “Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sentencia* nº 25/1981 del Tribunal Constitucional, Pleno, el 14 de Julio de 1981.

que “da significação e finalidades destes direitos dentro da ordem constitucional se desprende que a garantia de sua vigência não pode limitar-se à possibilidade de exercício de pretensões por parte dos indivíduos, mas há de ser assumida também pelo Estado”. A conclusão extraída na decisão a partir de tais premissas foi a de que “da obrigação de submissão de todos os poderes à Constituição não se deduz somente a obrigação negativa do Estado de não lesionar a esfera individual ou institucional protegida pelos direitos fundamentais, mas também a obrigação positiva de contribuir à efetividade de tais direitos, e dos valores que representam, ainda quando não exista uma pretensão subjetiva por parte do cidadão”.⁶¹

(d) Uma vez examinados os fundamentos e significados da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, as teorias que permitiram a sua identificação e algumas das decisões que consagraram a sua recepção jurisprudencial, cabe agora delinear alguns de seus *efeitos jurídicos* concretos. Isso porque, de nada adianta propalar a existência de tal dimensão se dela não for possível deduzir implicações juridicamente relevantes.⁶²

A doutrina costuma aludir a diversos desdobramentos distintos oriundos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sem prejuízo das demais consequências jurídicas que poderiam ser mencionadas, importa destacar: (d.1.) a *eficácia jurídica de vinculação* ínsita à totalidade das normas constitucionais; (d.2.) a possibilidade de *proteção do titular do direito contra si mesmo*; (d.3.) a produção de uma *eficácia irradiante*, que espraia o conteúdo axiológico de tais direitos por todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional e condiciona a interpretação

⁶¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 53/1985 del Tribunal Constitucional, Pleno, el 11 de Abril de 1985.

⁶² Nesse sentido, Juan Carlos Gavara de Cara alerta que, embora o Tribunal Constitucional espanhol já tenha reconhecido esse duplo caráter dos direitos fundamentais (como na decisão citada na nota anterior), nem sempre são extraídas consequências jurídicas da identificação de uma dimensão objetiva. GAVARA DE CARA, *La proyección interna* ... op. cit., p. 22-23.

do sistema normativo à observância dos valores jusfundamentais; (d.4.) a imposição aos Poderes Públicos de *deveres autônomos de proteção* dos direitos fundamentais. Para os fins a que se destina a presente pesquisa, os dois últimos efeitos suscitam maiores repercussões, razão pela qual serão mais amplamente desenvolvidos, ao passo que sobre os dois primeiros se fará apenas breve registro.

(d.1.) Em primeiro lugar, da matriz objetiva dos direitos fundamentais provêm aquelas decorrências que são inerentes a todas as normas constitucionais, independentemente de versarem sobre direitos fundamentais, tais como: (i) orientar a integração das lacunas do ordenamento jurídico; (ii) vincular o legislador futuro; (iii) impedir a recepção de legislação infraconstitucional anterior; (iv) constituir parâmetros para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos posteriores à Constituição.⁶³ Nesse ponto, aplica-se a lógica já sedimentada pela doutrina a propósito da *eficácia jurídica de vinculação* das normas constitucionais.⁶⁴

(d.2.) Em segundo lugar, do prisma objetivo das normas jusfundamentais emana a possibilidade de o Estado *proteger contra o seu próprio titular* os interesses e bens jurídicos por elas resguardados. A condição de valor objetivo comunitário, inerente a qualquer direito fundamental, proíbe que o próprio cidadão que o titulariza atente contra ele por ação ou por omissão, autorizando em tais situações a intervenção estatal contra a vontade do particular.⁶⁵

⁶³ SARMENTO, D., “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria” (Org. J. A. Leite Sampaio) em, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 255-256.

⁶⁴ Ver, sobre o tema: CLÈVE, C. M., *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., RT, São Paulo, 2000, p. 320-321 e MODESTO, P. E. G., “Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica)” *Revista de Direito Público*, núm. 99, jul./set. 1991, p. 115-127.

⁶⁵ GAVARA DE CARA, *La proyección...* op. cit., p. 84.

Sob esse ponto de vista, os direitos fundamentais transcendem a condição de faculdades jurídico-subjetivas conferidas constitucionalmente a um indivíduo que as exerce contra o Estado, para serem encarados como valores sociais compartilhados por uma comunidade. Estes, para que sejam salvaguardados, limitam a própria autonomia da vontade do titular do direito e não só autorizam como também reclamam a interferência do Poder Público para assegurar a sua integridade. É o caso, para aludir a exemplos reiteradamente citados, da educação obrigatória para crianças e da imposição do uso de cinto de segurança em automóveis e de capacete em motocicletas.⁶⁶ Há que se levar em conta, no entanto, o risco de que essa implicação conduza a um paternalismo excessivo por parte do Estado, que possa descambar em uma restrição desproporcional dos direitos fundamentais ao invés de conferir-lhes uma proteção adequada.⁶⁷

(d.3) A *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, por sua vez, também deriva da sua condição de valores essenciais de uma sociedade, característica que os confere o *status* de verdadeiras

⁶⁶ Sobre tais exemplos, ver: DWORKIN, R., *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press, Cambridge, 2011, p. 336.

⁶⁷ Nesse influxo, Luís Roberto Barroso disserta sobre a dignidade da pessoa humana como valor comunitário, afirmando que sob esse aspecto tal princípio autoriza a imposição de restrições à autonomia pessoal, visando à realização – dentre outros objetivos – da proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo. Após alertar sobre os perigos do paternalismo, o autor oferece uma série de exemplos reais verificados em decisões judiciais prolatadas por tribunais de diferentes países. Entre eles: (i) o caso do arremesso de anão, julgado pelo Conselho de Estado francês; (ii) o caso do *peep show*, julgado pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha; (iii) o caso do tratamento jurídico conferido à prostituição, analisado pela Corte Constitucional da África do Sul, pela Suprema Corte do Canadá e pela Corte Constitucional da Colômbia; (iv) o caso dos encontros sadomasoquistas, apreciado pela Câmara dos Lordes no Reino Unido; entre outros. BARROSO, L. R., *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 87-98.

“bases da ordem jurídica da coletividade”.⁶⁸ Eles constituem “os pressupostos do consenso sobre o qual se deve edificar qualquer sociedade democrática”⁶⁹, o que lhes atribui um conteúdo legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito. Por isso, os direitos fundamentais imprimem a substância axiológica que deve obrigatoriamente marcar um Estado material de Direito, em que a mera existência de determinadas formas e procedimentos atinentes à organização do poder e às competências dos órgãos estatais não se afigura suficiente para a garantia da legitimidade estatal, tornando-se necessário fixar objetivos, parâmetros e limites da atividade do Estado, a partir dessa vinculação de cunho substancial.⁷⁰

Assim, este reflexo da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se revela na proteção de determinados valores pela ordem jurídica, por meio de normas jusfundamentais, que se apresentam como faróis para a interpretação e orientação da compreensão das disposições normativas constitucionais e infraconstitucionais. Desse fato – de que as normas de direitos fundamentais albergam valores essenciais – deriva a obrigação de todos os Poderes Públicos de adotar a axiologia a eles subjacente como diretiva para a aplicação de toda e qualquer norma, legitimando juridicamente os atos estatais consonantes com esse conteúdo valorativo e inquinando de invalidez as ações que lhe forem contrárias.

Ou seja: em virtude das características acima descritas, os direitos fundamentais irradiam o seu conteúdo jurídico-valorativo para todas as direções do sistema normativo, deixando de constituir meros limites ao agir estatal para se transformar em verdadeiro norte da atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. E essa expansão eficaz dos direitos em questão, decorrente de sua faceta objetiva, compele os poderes constituídos a interpretar todas as normas jurídicas à luz dos valores substanciais emanados

⁶⁸ HESSE, *Elementos de Direito ...* op. cit., p. 239.

⁶⁹ PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales...* op. cit., p. 21.

⁷⁰ SARLET, *A eficácia ...* op. cit., p. 59 e 61.

dos direitos fundamentais. É essa, portanto, a principal consequência jurídica da eficácia irradiante dos direitos fundamentais: ela impõe ao Poder Público o dever de que todas as disposições inscritas no ordenamento jurídico sejam, no momento de sua aplicação, interpretadas pelo operador do Direito “com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional”.⁷¹

Essa irradiação dos direitos fundamentais por todo o sistema de normas se manifesta, segundo o seu alcance, de duas formas: (i) mediante uma *projeção interna* à Constituição, que orienta a compreensão dos enunciados constitucionais, delimitando no campo hermenêutico os contornos jurídicos dos direitos fundamentais e auxiliando a demarcação de sua dimensão subjetiva; (ii) por meio de uma *projeção externa* à Constituição, que estende a incidência do conteúdo axiológico desses direitos a todas as normas jurídicas infraconstitucionais, vinculando a interpretação de todas as disposições normativas legais e administrativas.⁷²

Um exemplo concreto dessa manifestação, tanto no âmbito interno à Constituição quanto no âmbito externo, encontra-se no aresto do Supremo Tribunal Federal que reconheceu como família a união estável entre pessoas do mesmo sexo.⁷³ A Constituição

⁷¹ SARMENTO, *A dimensão objetiva...* op. cit., p. 279.

⁷² GAVARA DE CARA, *La proyección interna...* op. cit., p. 21 e 72.

⁷³ Confirmam-se alguns trechos da ementa do acórdão: “(...) 2. proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. a proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. direito à intimidade e à vida privada. cláusula pétrea. (...) Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo.

Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. (...) Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. (...) Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. união estável. norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. identidade constitucional dos conceitos de 'entidade familiar' e 'família'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. (...) Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', *verbis*: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. (...) 6. interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a Constituição Federal (técnica da 'interpretação conforme'). reconhecimento da união homoafetiva como família. procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.

Federal, em seu art. 226, §3º, reconhece textualmente como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher”. Não faz qualquer menção literal às uniões homoafetivas. A Corte, no entanto, reinterpretou o dispositivo constitucional à luz do direito fundamental à liberdade de orientação sexual, o qual foi deduzido dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da autonomia da vontade, bem como dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Conferiu, dessa maneira, uma proteção ao conteúdo axiológico que subjaz a tais direitos e que transcende uma relação jurídico-subjetiva entre indivíduo e Estado.

Logo, pode-se dizer que a decisão do STF operou-se com lastro na *projeção interna* dos referidos direitos sobre as demais disposições constitucionais, que acabou por condicionar a hermenêutica do art. 226, §3º da Constituição em prol da tutela dos valores jusfundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade. O julgado fundou-se, também, na *projeção externa* dos direitos supracitados sobre o ordenamento infraconstitucional, pois promoveu uma interpretação do art. 1.723 do Código Civil⁷⁴ conforme aos direitos fundamentais recolhidos na Lei Maior, afastando de tal dispositivo legal qualquer significação indevidamente discriminatória, que fosse suscetível de impedir o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como família. Com isso, a decisão estendeu aos casais homoafetivos o direito à proteção jurídica de sua união estável por meio das mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva – ainda que o texto constitucional não contemple de forma explícita qualquer direito fundamental subjetivo a esse reconhecimento. Daí por que falar-se de uma função complementar da perspectiva objetiva em relação à dimensão

Relator Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2011. Divulgado em: 13.10.2011. Publicado em: 14.10.2011.

⁷⁴ Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002): “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

subjetiva:⁷⁵ aquela agrega a esta uma garantia mais ampla em relação aos direitos fundamentais, possibilitando pela via interpretativa uma tutela mais robusta, capaz de recobrir situações não expressamente abrangidas por enunciados normativos atributivos de direitos subjetivos.

O efeito jurídico ora em comento ostenta redobrada incidência no campo da interpretação de cláusulas gerais e termos jurídicos indeterminados abrigados no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, tais como moralidade, boa-fé, função social da propriedade, interesse público, eficiência administrativa, entre tantos outros.⁷⁶ O conteúdo jurídico de tais expressões passa a ser compulsoriamente recheado com a axiologia inerente aos direitos fundamentais. E assim, o significado das fórmulas legais fluidas passa a ser necessariamente extraído de uma interpretação sistemática presidida pelos valores ínsitos aos bens jurídicos jusfundamentais.

Em matéria de atuação administrativa, tal implicação jurídica adquire especial importância. Isso porque, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais: (i) faz com que os agentes, órgãos e entidades públicos, ao se depararem com termos jurídicos indeterminados, tenham obrigatoriamente que interpretá-los em um sentido favorável à maximização do conteúdo dos direitos fundamentais; (ii) nos casos de competências discricionárias, reduz sobremaneira o espaço de discricionariedade da Administração Pública, limitando sua margem de opções àquelas que concretizem de maneira ótima os direitos fundamentais.

(d.4.) Outro efeito jurídico da feição objetiva dos direitos fundamentais consiste na imposição, ao Estado, de *deveres autônomos de respeito, proteção e promoção* de tais direitos independentemente da posição jurídico-subjetiva que eles confirmam ao cidadão. Explica-se. A previsão constitucional de um direito fundamental, em virtude de sua dimensão subjetiva, pode instituir uma relação jurídica bilateral entre indivíduo e Estado,

⁷⁵ ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* op. cit., p. 109.

⁷⁶ SARMENTO, *A dimensão objetiva ...* op. cit., p. 284.

atribuindo ao cidadão o direito a algo e ao Poder Público um dever correspondente de satisfazê-lo. A face objetiva de tal direito faz com que a obrigação estatal persista mesmo que se abstraia a posição subjetiva de um determinado cidadão e a relação jurídica estabelecida entre ele e o Estado. Ou seja: por mais que nenhum dos titulares daquele direito o exija administrativa ou judicialmente, continuarão os poderes constituídos obrigados a resguardá-los e a criar condições adequadas ao seu exercício e à fruição dos bens jurídicos por eles protegidos. Essa manifestação da perspectiva objetiva parte da relação jurídica cidadão-Estado para identificar o dever jurídico constitucionalmente imposto a este último, abstraindo-a em seguida para reconhecer a permanência de uma obrigação transindividual que ultrapassa os vínculos subjetivos e relacionais observados à primeira vista.

Tome-se como exemplo o direito fundamental à assistência social. Uma das posições jurídico-subjetivas que dele deriva consiste na pretensão de concessão estatal de um salário mínimo aos idosos e às pessoas com deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família (art. 203, V, da Constituição Federal). Independentemente de qualquer postulação realizada pela via judicial por um cidadão que preencha tais condições exigidas constitucionalmente, sobre o Estado recaem os deveres objetivos de organizar um sistema de seguridade social, fixar o seu orçamento, estabelecer quais serão as fontes para o seu custeio, distribuir competências a órgãos e entidades públicas para a prestação desse serviço público de maneira adequada, entre tantos outros. Vale dizer: o caráter objetivo do direito fundamental à assistência social faz com o Poder Público esteja obrigado a criar condições reais e efetivas para o seu exercício, ainda que nenhum dos seus titulares invoque a dimensão subjetiva desse direito para exigir do Estado o seu atendimento.

Essa consequência jurídica do prisma objetivo dos direitos fundamentais deriva da evidência de que a efetividade plena desses direitos não se esgota na sua enunciação pelo constituinte. Ela carece de configurações normativas elaboradas primariamente pelo legislador e secundariamente pela Administração, bem como

de uma atuação espontânea desta última e reacional da jurisdição,⁷⁷ sempre com vistas a uma proteção otimizada dos direitos constitucionalmente albergados. Logo, das normas de direitos fundamentais dimana também a incumbência, destinada a todos os poderes constituídos, de adotar de maneira generalizada todas as providências legislativas, administrativas e judiciais necessárias a maximizar a realização de tais direitos.⁷⁸ A esse efeito está associada a incidência direta das normas jusfundamentais na atividade do Poder Público. Ainda que os contornos desses direitos possam ser regulados infraconstitucionalmente, para densificar o seu conteúdo e agregar-lhes novos elementos de proteção, essa disciplina normativa legal e administrativa não constitui condição para o desencadeamento de sua eficácia jurídica.

A grande relevância desse efeito jurídico da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais consiste em compelir o Estado a atuar *preventivamente* para, de um lado, evitar a sua violação por outros particulares e, de outro, tornar realmente viável o seu exercício pelos titulares de pretensões subjetivas jusfundamentais.⁷⁹ Isso implica deveres de criar: (i) normas legais e administrativas regulamentando os critérios para o exercício dos direitos fundamentais; (ii) estruturas organizativas que permitam a sua fruição; (iii) normas que protejam os bens jurídicos por eles resguardados contra atuações dos particulares, estabelecendo sanções administrativas, cíveis, penais, etc.; (iv) mecanismos procedimentais e processuais que possibilitem aos titulares reivindicar a efetivação do direito, inclusive contra o próprio Estado; (v) condutas fáticas e materiais que satisfaçam tais direitos. E ditos deveres – repise-se – existem à margem de qualquer situação concreta, isto é, mesmo que o Estado não seja provocado por qualquer titular desses direitos para adotar alguma das medidas acima descritas.

⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos...* op. cit., p. 64.

⁷⁸ GAVARA DE CARA, *La proyección interna...* op. cit., p. 80.

⁷⁹ SARLET, *A eficácia dos direitos...* op. cit., p. 148.

Por isso se justifica falar-se em deveres *autônomos* de proteção: além da obrigação estatal de tutelar as situações jurídicas derivadas da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, em que o titular (sujeito ativo) exige do destinatário (sujeito passivo) uma prestação positiva ou negativa a que tem direito (objeto da relação jurídica), pesa sobre o Poder Público um dever *autônomo* de proteção, que independe de qualquer reivindicação subjetiva de tutela.

Entre esses deveres estatais de proteção, como dito, encontra-se a imposição concreta endereçada ao Estado de tutelar os direitos fundamentais contra intervenções indevidas de outros particulares. Nessa seara, compete ao Poder Público criar mecanismos de tutela desses bens jurídicos, como normas de Direito Administrativo e Direito Penal, por exemplo, para vedar e sancionar a sua violação por outros sujeitos privados. Cuida-se da tarefa de zelar pela proteção integral dos direitos fundamentais, que podem ser agredidos não apenas pelo Estado, mas também pelos particulares.

Esse dever recai primeiramente sobre o legislador, o qual detém a legitimidade para fixar com força normativa primária proibições e obrigações aos cidadãos, cominando penalidades às respectivas transgressões. Inclusive pode empreender, para esse fim, pré-ponderações entre direitos fundamentais eventualmente conflitantes, instituindo previamente qual deles deverá prevalecer em caso de colisão.⁸⁰ Secundariamente, tal obrigação incide

⁸⁰ Uma ilustração dessa afirmação encontra-se nas normas do Código Penal que tratam do aborto. Ao tipificar no art. 124 como crime a prática de aborto provocado pela própria gestante, o legislador realizou uma pré-ponderação entre os direitos à liberdade, intimidade e autonomia privada da mãe e o direito à vida do nascituro, concluindo pela prevalência deste último e conferindo-lhe proteção contra intervenções da progenitora ofensivas ao bem jurídico jusfundamental do feto. Já no art. 128 do mesmo Código, o legislador operou outra pré-ponderação, chegando a resultado diverso: nos casos de aborto necessário (inexistência de outro meio de salvar a vida da gestante) e de gravidez oriunda de estupro, concluiu pela preponderância dos direitos fundamentais da mãe, outorgando-lhes maior proteção.

também sobre a Administração Pública, inclusive nos casos em que o legislador tiver descumprido tal incumbência, impelindo-a a agir autonomamente para resguardar os bens jurídicos jusfundamentais contra ameaças de outros particulares. Aqui, no entanto, sua atuação normativa será mais restrita do que a do legislador, pois estará proibida de inovar originalmente no ordenamento jurídico quando o seu objetivo for restringir um determinado direito fundamental em homenagem à proteção de outro, sob pena de afastar o princípio da legalidade administrativa de maneira arbitrária, porque ablativa à esfera jurídica dos indivíduos.

As quatro manifestações acima expostas – (d.1) a (d.4) – demonstram a existência autônoma da dimensão objetiva dos direitos fundamentais frente à sua perspectiva subjetiva, já que é possível extrair conteúdos normativos objetivos das normas que os veiculam, que independem de qualquer relação jurídica entre cidadão e Estado instituída pela Constituição. Portanto, dizer que as normas jusfundamentais operam uma eficácia objetiva dirigente sobre o Estado significa afirmar que delas se desprende uma ordem aos poderes constituídos que lhes impõe o dever de atuar permanentemente para concretizar e satisfazer os direitos fundamentais, ainda que não sejam instados para tanto.

2. A transindividualidade como característica comum a todos os direitos fundamentais e a possibilidade de ressubjetivização da dimensão objetiva

Uma vez compreendidas as principais peculiaridades da estrutura normativa bidimensional dos direitos fundamentais, impende enfrentar o questionamento aventado na introdução deste estudo: os direitos fundamentais sociais desfrutam de titularidade individual ou transindividual? Podem ser demandados judicialmente pela via individual ou somente pelas ferramentas de tutela coletiva?

Neste trabalho considera-se inadequado acolher com exclusivamente uma das respostas acima ventiladas. A proposta aqui sustentada é a de que: (i) em razão do duplo caráter dos direitos fundamentais (subjetivo e objetivo), bem como de sua

multifuncionalidade, cada norma de direito fundamental dirige ao Estado uma plêiade de deveres jurídicos distintos, gerando, em contrapartida, uma variedade de pretensões jurídicas jusfundamentais; (ii) algumas dessas pretensões, ligadas a um único direito fundamental, são titularizadas por indivíduos determinados e singularmente considerados, ao passo que outras, decorrentes do mesmo direito, gozam de titularidade transindividual (relacionada a um grupo determinado ou a uma coletividade indeterminável). Em outras palavras: se considerado o direito fundamental *como um todo* (sentido amplo), é possível afirmar que todos eles, independentemente do rótulo ou classificação que se lhes dê (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, etc.), exibem simultaneamente uma titularidade individual e transindividual, já que algumas das pretensões que deles derivam se enquadram na primeira hipótese e outras na segunda.

A questão será a seguir explanada a partir dos seguintes aspectos:

(a) a transindividualidade decorrente dos *efeitos jurídicos do prisma objetivo* dos direitos fundamentais; (b) a transindividualidade proveniente de determinadas funções dos direitos fundamentais (*multifuncionalidade*); (c) a *ressubjetivação da dimensão objetiva* como fator atributivo de transindividualidade aos direitos fundamentais.

(a) Dos *efeitos jurídicos da perspectiva objetiva* inerente a todos os direitos fundamentais decorre uma titularidade transindividual que estará sempre presente nessa espécie de direitos. Como se disse no tópico anterior (3.1), uma das virtudes da faceta objetiva consiste na percepção de que, para além das posições jurídico-subjetivas que as normas jusfundamentais possam atribuir aos seus titulares, elas consagram valores e fins cuja persecução é obrigatória aos Poderes Públicos, por impulsão de ofício. É nesse ponto que se manifesta o caráter transindividual de todos os direitos fundamentais: eles excedem a titularidade individual que venha a ser conferida pela disposição normativa, integrando o conteúdo valorativo nuclear da Constituição, o qual deve necessariamente nortear a atuação jurídica e política dos poderes constituídos, sob pena de inconstitucionalidade. Sua normatividade transpassa, assim, as relações jurídicas individuais travadas entre o sujeito

titular do direito e o Estado, ostentando, por esse motivo, validade jurídica sob o prisma da comunidade.

Observando-se os quatro efeitos jurídicos do prisma objetivo dos direitos fundamentais expostos no item (d) do apartado anterior (sem prejuízo de outros conteúdos que possam ser dessumidos dessa matriz objetiva), é a comunidade que titulariza transindividualmente: (d.1.) o direito a que seja respeitada a eficácia jurídica de vinculação das normas constitucionais de direitos fundamentais, com a consequente declaração de inconstitucionalidade (ou de não recepção) das disposições normativas infraconstitucionais que com elas sejam incompatíveis; (d.2.) o direito a que o Estado tutele os valores jusfundamentais consagrados na Constituição, inclusive protegendo o titular de um direito fundamental em face de práticas por ele cometidas que atentem contra o seu próprio direito; (d.3.) o direito a que todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional seja interpretado à luz do conteúdo axiológico dos direitos fundamentais; (d.4.) o direito a que os Poderes Públicos criem condições reais e efetivas para o exercício adequado e integral dos direitos fundamentais, bem como mecanismos que os protejam contra condutas lesivas de outros particulares.

Tais direitos transindividuais, por decorrerem da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, em princípio não gozam de uma dimensão *subjética* capaz de sempre autorizar a sua demandabilidade judicial. Mas podem em alguns casos vir a adquiri-la, o que possibilitará a sua exigibilidade, fenómeno comumente denominado de “ressubjetivação da dimensão objetiva”, o qual será explorado mais adiante.

(b) Mas a menção à feição objetiva dos direitos fundamentais não é suficiente para se compreender plenamente o sentido da afirmação de que tais direitos, quando considerados em uma acepção ampla, gozam tanto de titularidade individual quanto transindividual. Outro dado a ser levado em conta para o adequado entendimento dessa visão é a *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais, nota peculiar que os caracteriza perante as demais espécies de direitos. Como antes assinalado (item 2), a

norma de direito fundamental, fruto de uma combinação de enunciados normativos, enfeixa múltiplas pretensões jurídicas dotadas, cada qual, de uma determinada função (de *defesa*, de *prestação fática ou material* e de *prestação normativa* – esta última podendo ser de *organização*, de *procedimento* ou de *proteção*). Algumas dessas pretensões investem o particular em posições subjetivas individuais capazes de reivindicação judicial, outras não. Mas todas elas – pretensões jurídicas específicas emanadas de uma mesma norma de direito fundamental, cada qual exercendo uma função diferente – têm algo em comum: sempre impõem deveres jurídicos objetivos primariamente ao Estado. Ainda que uma pretensão específica não se revista de uma titularidade individual que permita a um cidadão determinado exigir a sua fruição perante o Judiciário,⁸¹ o seu descumprimento ou violação pelo Estado, por ação ou omissão, implicará inconstitucionalidade.

Admitir a multifuncionalidade dos direitos fundamentais implica reconhecer que, entre as diversas funções por eles exercidas, algumas delas apresentam um radical subjetivo que autoriza o seu titular a exigir individualmente determinadas condutas estatais. Isso em geral ocorre com a função de *defesa*⁸² e, por vezes, com a função de *prestação fática*⁸³ (neste último caso, desde que estejam suficientemente delineados os elementos que integram a relação

⁸¹ *V.g.*, a criação de uma política de vigilância sanitária, para cumprir a função de *proteção* do direito à saúde contra atividades nocivas praticadas por outros particulares.

⁸² *V.g.*, um titular do direito fundamental social à moradia, cuja habitação encontre-se edificada em área de ocupação irregular, pode invocar a sua função de *defesa* para dela deduzir a proibição, imposta ao Estado, de realizar o seu despejo forçoso sem assegurar sua realocação para outro local adequado, exigindo judicialmente pela via individual a abstenção estatal.

⁸³ *V.g.*, o cidadão, titular do direito fundamental social à saúde, pode invocar sua função de *prestação fática* para postular individualmente perante o Poder Judiciário o fornecimento de um fármaco previsto na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), cuja concessão lhe tenha sido negada pela Administração Pública.

jurídica⁸⁴ e que se trate de prestação de um serviço de natureza *uti singuli*). Outras dessas funções, por sua vez, manifestam-se como conteúdos jurídico-objetivos transindividuais, que embora nem sempre possibilitem uma sindicabilidade judicial individual, dirigem deveres ao Estado que, se descumpridos em um grau desarrazoado, possibilitam a provocação judicial de sua atuação pela via processual coletiva. É o caso, muitas vezes, da função de *prestação normativa*, ligada: (i) à criação de *organizações*⁸⁵ e *procedimentos*⁸⁶ necessários para a fruição de direitos fundamentais; bem como (ii) à instituição de mecanismos de *proteção* dos bens jurídicos jusfundamentais contra violações oriundas dos próprios particulares.⁸⁷ E também da função de *prestação fática*, notadamente quando esta impuser à Administração Pública o dever de prestar serviços de natureza *uti universi*.⁸⁸

⁸⁴ Sujeito ativo (titular do direito), prestação positiva ou negativa (objeto da relação jurídica) e sujeito passivo (destinatário).

⁸⁵ *V.g.*, da função de *prestação normativa de organização* do direito fundamental social à previdência deriva a obrigação estatal de criar órgãos e entidades administrativas que organizem e prestem de forma eficiente os serviços públicos necessários à fruição desse direito, seja no âmbito da Administração Pública direta (*v.g.*, Ministério da Previdência Social) ou indireta (*v.g.*, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS).

⁸⁶ *V.g.*, da função de *prestação normativa de procedimento* do direito fundamental social à educação decorre, entre outros, o dever do Estado de fixar o procedimento para o acesso igualitário aos serviços públicos de educação superior, de acordo com a capacidade de cada um, nos termos do art. 206, I e V da Constituição Federal.

⁸⁷ *V.g.*, da função de *prestação normativa de proteção* do direito fundamental social ao trabalho provém a incumbência de que o Poder Público estabeleça normas de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, e de sanção às condutas discriminatórias contra esses cidadãos no tocante a salário e critérios de admissão, tutelando-os contra tais práticas ofensivas que possam ser levadas a efeito por outros particulares (arts. 7º, XXXI e 24 XIV da CF).

⁸⁸ *V.g.*, da função de *prestação fática* dos direitos fundamentais à saúde e ao meio-ambiente saudável se deduz a imposição, ao Estado, de prestar serviços públicos de saneamento básico, que envolvem a limpeza e o manejo de resíduos sólidos, com a coleta, tratamento e destinação final

Note-se que não é possível fazer uma associação automática de função de *defesa* e função de *prestação fática* com dimensão subjetiva individual,⁸⁹ nem de funções de *prestação normativa* (organização, procedimento e proteção) com dimensão objetiva transindividual. Um exemplo está no direito à aposentadoria especial dos servidores públicos (art. 40, §4º, CF). Sua função de *prestação normativa* – fixação de critérios diferenciados para a jubilação de trabalhadores públicos que exercem atividades de risco ou insalubres e de servidores com deficiência – pode ser reivindicada judicialmente pela via individual, mediante o recurso ao mandado de injunção.⁹⁰ Logo, a proposta aqui apresentada não sugere uma presunção automática de titularidade individual ou transindividual para cada função desempenhada pelos direitos fundamentais. O que se busca é demonstrar o equívoco de se atestar genericamente que um direito fundamental *como um todo* possui titularidade individual ou transindividual (*v.g.*, afirmar que “educação é um direito fundamental individual” ou que “saúde é um direito coletivo”), já que um mesmo direito enfeixará, necessariamente, pretensões jurídicas de ambas as naturezas.

do lixo doméstico e do originário da varrição de logradouros e vias públicas (art. 3º, I, “c” da Lei nº 11.445/07).

⁸⁹ NOVAIS, *As restrições aos direitos ...* op. cit., p. 71.

⁹⁰ O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento nesse sentido, aplicando analogicamente a cada caso, com efeitos *inter partes*, o art. 57 da Lei n. 8.213/91 (Lei do Regime Geral da Previdência Social). A título exemplificativo, vale citar as seguintes decisões: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 721. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 30.08.2007. DJU 30.11.2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 795. Relatora Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 21.05.2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 788. Relator Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 08.05.2009. Uma análise de tal posicionamento foi realizada em: HACHEM, D. W., “A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção”. *A&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 9, núm. 38, , out./dez. 2009. p. 129-166.

Dessa transindividualidade ínsita a todos os direitos fundamentais, que deriva, ao menos, de sua perspectiva objetiva, uma das consequências jurídicas que maior relevância apresenta para o Direito Administrativo consiste no dever de criação de condições materiais para tornar real e efetivo o exercício desses direitos. Viuse, acima, que uma das funções a eles inerentes consiste no estabelecimento de uma *organização* e de um *procedimento* que sejam aptos a possibilitar a adequada fruição dos bens jurídicos por eles protegidos. Algumas das pretensões jurídicas a eles relacionadas não podem ser desempenhadas sem a criação de determinadas instituições e sem a previsão de mecanismos para fazê-las valer na prática. Nessa seara, a dimensão objetiva faz impender sobre o Poder Público a obrigação de conceber estruturas organizacionais e instrumentos procedimentais para a realização plena dos direitos fundamentais. E o atendimento dessa função de *prestação normativa*, não raras vezes, pressupõe também o cumprimento da função de *prestações fáticas*, que reclama a adoção de medidas no mundo dos fatos que concretizem as prescrições delineadas normativamente.

A dependência da instituição de uma certa *organização* e de um determinado *procedimento* para viabilizar o integral exercício de um direito fundamental pode acontecer por motivos distintos: (i) pela própria *natureza* da pretensão jurídica; (ii) por *opção* constitucional ou legislativa; (iii) por necessidades *fáticas*; (iv) por exigências *jurídicas*.⁹¹ Exemplos podem aclarar a afirmação. A *natureza* das garantias fundamentais, como o mandado de segurança ou a ação popular, pressupõe a fixação das regras procedimentais para o seu manejo. No caso do direito de greve dos servidores públicos, a *opção* constitucional estabeleceu a necessidade de uma lei específica para traçar os seus limites, com o intuito de resolver previamente eventuais conflitos com outros bens jurídicos constitucionalmente assegurados, como o direito à continuidade dos serviços públicos. O exercício do direito de sufrágio reclama, por exigências *fáticas*, a instituição das regras do processo eleitoral e a organização de estruturas administrativas e judiciais para o desenvolvimento regular das eleições. O direito de propriedade de bens imóveis,

⁹¹ ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* op. cit., p. 142.

por sua vez, demanda por necessidades *jurídicas* a criação de normas procedimentais, que fixem os modos de aquisição, transmissão e perda da propriedade, bem como a organização de órgãos públicos que realizem um registro imobiliário que assegure ao proprietário a titularidade dominial. Note-se que isso não vale apenas para um ou outro direito fundamental. Todos eles carecem, ainda que minimamente, de uma conformação jurídica organizacional e procedimental para o seu funcionamento.

Das normas de direitos fundamentais emana o dever estatal de construir todas essas normas procedimentais e aparatos organizativos essenciais ao regular e integral exercício de tais direitos, e de implementar providências fáticas para tornar reais as previsões estabelecidas no plano normativo. Por vezes, o enunciado normativo que garante determinada pretensão *jusfundamental* já impõe expressamente ao legislador ou à Administração a obrigação específica de criá-los. Em outros casos, no entanto, inexistirá um comando explícito na disposição constitucional determinando claramente os deveres legislativos e administrativos que incumbem ao Estado. Nessas situações, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo deverão ser deduzidas de forma implícita ordens constitucionais de agir, dirigidas ao Poder Público. Assim, é desnecessário que o titular de qualquer das pretensões jurídicas acima exemplificadas – impetrante do mandado de segurança, categoria de trabalhadores, cidadão eleitor ou indivíduo proprietário – exija do Estado o estabelecimento de procedimentos e organizações necessários ao exercício de seu direito, para que nasça o dever de agir. É prescindível, também, que o texto constitucional encomende de modo expresse ao legislador ou a Administração ditas tarefas. Cuida-se de uma imposição lógica, vinculada às funções de *prestações normativas* e *fáticas* dos direitos fundamentais, que dimana de sua perspectiva objetiva.

A função de *prestação normativa* dos direitos fundamentais, além de impor ao Estado obrigações relativas à *organização* e ao *procedimento*, também lhe direciona *deveres de proteção* contra atuações nocivas de outros sujeitos privados. O Estado, por conta dessa função, encontra-se constitucionalmente compelido a adotar todas as

medidas necessárias para conferir proteção adequada aos bens jurídicos jusfundamentais contra agressões advindas de particulares. Essa tutela estatal, para que seja efetiva, dependerá da edição de normas legais e regulamentares de natureza civil, penal, processual, administrativa, trabalhista, tributária, etc. que conduzam em todas as esferas (privada, judicial, administrativa) a uma realização integral do conteúdo dos direitos fundamentais. Ao tipificar, em disposições normativas legislativas e administrativas, quais são as infrações derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e suas correspondentes sanções, os Poderes Legislativo e Executivo estão cumprindo o seu dever de *prestação normativa de proteção* ao direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Cria-se atos normativos, como a Lei nº 9.605/98⁹² e o Decreto nº 6.514/08⁹³, para tutelar esse bem jurídico jusfundamental contra a atuação de outros particulares que possam vir a ofendê-lo.

Essas conformações normativas dos direitos fundamentais, em sede legislativa e administrativa, podem se apresentar como imprescindíveis, adequadas ou simplesmente convenientes e oportunas para o seu exercício. A liberdade de conformação do legislador e a margem de discricionariedade do administrador, nesse campo, devem ser resguardadas – mas apenas até um limite. Se ultrapassadas determinadas fronteiras, estar-se-á diante de uma inatividade inconstitucional.

(c) Em princípio, as situações acima narradas envolvem deveres objetivos endereçados ao Estado pelas normas de direitos fundamentais aos quais não correspondem, *prima facie*, pretensões jurídicas subjetivas. Contudo, a depender do grau de inobservância dessas imposições constitucionais objetivas, elas podem ser reconduzidas a uma óptica subjetiva, gerando

⁹² Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

⁹³ Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências.

pretensões jurídicas de natureza transindividual exigíveis pelos mecanismos de tutela coletiva.

Haverá, em tais situações, uma *ressubjetivização da dimensão objetiva*, configurada nos termos a seguir alinhavados: (i) o reconhecimento da perspectiva objetiva deriva de uma desvinculação do conteúdo dos direitos fundamentais da relação jurídica bilateral entre cidadão e Estado; (ii) com isso, há uma abstração de qualquer posição jurídica subjetiva, enfocando-se a imposição de deveres objetivos ao Poder Público de criar garantias para a satisfação efetiva dos direitos fundamentais pela comunidade em geral; (iii) o descumprimento de tais deveres, em certas circunstâncias, pode vir a gerar uma nova posição subjetiva, permitindo-se exigir que o Estado atenda às obrigações que lhe foram dirigidas pela dimensão objetiva da norma jusfundamental.

Considere-se, por exemplo, o direito fundamental à saúde, assegurado no art. 6º e nos arts. 196 e seguintes da Constituição Federal. Independentemente da existência de um sujeito individual que o titularize e que exija, no marco de uma relação jurídica, condutas positivas ou negativas do Estado concernentes à salvaguarda de sua saúde, continuará pendendo sobre o Poder Público a incumbência de proporcionar condições objetivas para que a sociedade em geral tenha acesso a ações e serviços públicos de proteção e promoção da saúde. Imagine-se que o Ministério da Saúde, em atendimento a essa obrigação objetiva, fixe o número mínimo de leitos que os hospitais públicos devam ter à disposição para cada mil habitantes.⁹⁴ A inobservância da norma ministerial pela Administração Pública poderá tornar insuficiente a quantidade de camas disponíveis, em determinado estabelecimento, para o atendimento apropriado da população que necessita dos serviços. Essa violação administrativa ao dever oriundo do prisma objetivo do direito fundamental à saúde faz

⁹⁴ Esse tipo de normatização ocorre na prática, como no caso da Portaria nº 1.101, do Ministério da Saúde, de 12 de junho de 2002, que fixa parâmetros relativos à quantidade de leitos hospitalares, por especialidade, que deve ser oferecida para o atendimento de cada grupo de 1.000 habitantes.

nacer uma dimensão subjetiva transindividual, autorizando os entes legitimados à proposição de ações coletivas a exigir do Estado o fornecimento de uma proteção suficiente do direito em causa. Trata-se de hipótese de ressubjetivização da perspectiva objetiva de um direito fundamental social.

É preciso pontuar alguns esclarecimentos para que não haja confusão entre o caráter subjetivo e o objetivo dos direitos fundamentais. O cumprimento estatal da perspectiva objetiva desses direitos representa, de fato, um interesse juridicamente tutelado, compartilhado indistintamente por toda a coletividade, ou, em certos casos, por agrupamentos determinados ou determináveis. Logo, sua titularidade é transindividual (difusa ou coletiva). Em regra, a determinação do *como* tais obrigações serão adimplidas pelo Estado encontra-se dentro da esfera de liberdade de conformação do legislador e de atuação discricionária da Administração. E é por isso que não são, à primeira vista, prontamente exigíveis: elas se sujeitam à *reserva do politicamente oportuno*.⁹⁵ Os Poderes Públicos são constitucionalmente obrigados a implementar não apenas uns poucos, mas sim inúmeros direitos fundamentais. Há incontáveis opções de *meios* para a adequada realização dos deveres a eles correspondentes, que deverão ser escolhidos de acordo com juízos políticos efetuados pelos representantes democraticamente eleitos povo sobre quais das infindáveis necessidades coletivas devem ser priorizadas naquele instante e quais as melhores formas para satisfazê-las.

No entanto, não há margem para o Estado decidir *se* vai ou não atender aos deveres objetivos relacionados à efetivação dos direitos fundamentais. Caso assim o fosse, a construção teórica a respeito da dimensão objetiva seria juridicamente irrelevante. Embora exista um espaço para a deliberação democrática a respeito das prioridades e maneiras mais apropriadas a uma realização global e otimizada dos direitos fundamentais, ele encontra limites nas balizas fixadas pela própria Constituição. Incumbe ao Poder Público compulsoriamente, em alguma

⁹⁵ NOVAIS, J. R., *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2010, p. 277.

medida, estabelecer normas de proteção a todos os bens jurídicos jusfundamentais contra terceiros e criar estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais para a sua idônea fruição e exercício. Quando a sua atividade nesse campo não alcançar um patamar satisfatório, a inação pública se tornará juridicamente inaceitável, uma vez que configurará violação ao princípio da proporcionalidade, por incorrer na proibição de proteção insuficiente.⁹⁶ Tal princípio não veda apenas a *ação desproporcional por implicar restrição excessiva*, mas também a *omissão desproporcional por ensejar proteção deficiente*.

O que se propõe neste artigo é que, em matéria de direitos fundamentais sociais, a omissão administrativa em implementar tais ações pode também ser considerada inconstitucional em determinadas circunstâncias e suscitar o controle judicial por mecanismos de tutela coletiva, por se tratar de um direito que transcende uma titularidade individual. Ou seja: reputa-se aqui possível, sob determinadas condições, a “ressubjetivização da dimensão objetiva”⁹⁷ dos direitos fundamentais.

Nesse âmbito, é preciso caminhar com cuidado para evitar uma “tendência radicalizante”. O alerta feito por Vieira de Andrade é válido, ao afirmar que o “fascínio dos direitos fundamentais” pode suscitar um “jusfundamentalismo”, fazendo com que a análise científico-prática da questão acabe sendo desvirtuada em razão de uma “emocionalidade jurídica”.⁹⁸ Por outro lado, não assiste razão ao autor quando tenta reduzir a possibilidade de ressubjetivização das dimensões objetivas dos direitos fundamentais somente aos casos em que a omissão importar violação a padrões mínimos de proteção. Em sua visão, só nasceria um *direito subjetivo à proteção estatal* quando o dever objetivo de agir (criar uma proteção, uma organização ou um procedimento ou fornecer prestações fáticas *utī universi*) for absolutamente imprescindível à satisfação do *núcleo essencial* de um direito subjetivo fundamental.

⁹⁶ NOVAIS, *As restrições ...* op. cit., p. 77 e 91.

⁹⁷ ANDRADE, *Os direitos fundamentais...* op. cit., p. 144.

⁹⁸ ANDRADE, *Idem*, p.146.

Ocorre que a existência de uma pretensão jurídica subjetiva, passível de tutela jurisdicional, à adoção pelo Estado de medidas necessárias à adequada e universalizada fruição de bens jurídicos jusfundamentais poderá nascer mesmo quando a atuação estatal nessa esfera já tiver cumprido níveis mínimos – mas ainda assim insuficientes – de concretização de determinados direitos fundamentais. E isso por três motivos.

O primeiro deles consiste no fato de que, diferentemente do que advoga José Carlos Vieira de Andrade, os direitos constitucionais podem possuir uma dimensão subjetiva ainda que sua titularidade não seja individual. O direito (ou pretensão jurídica) ao cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como antes dito, possui natureza transindividual. Sua proteção jurisdicional só poderá ser acionada pela via da tutela processual coletiva. Assim, não há o risco de que o reconhecimento desse direito conduza a uma quebra do princípio da igualdade, com uma indesejável autorização para o juiz conceder individualmente prestações fáticas ou criar para alguns poucos jurisdicionados normas de proteção, organização e procedimento não aplicáveis aos demais titulares do mesmo direito fundamental que carece de condições para o seu efetivo exercício.

O segundo motivo encontra-se no fundamento desse direito transindividual: o princípio da proporcionalidade, em sua vertente “vedação de proteção insuficiente”. A variante mais tradicionalmente utilizada dessa norma principiológica (“vedação de excesso”), aplicável aos casos de *ação* estatal desproporcional, não incide apenas quando a conduta comissiva abusiva do Poder Público ultrapassa um limite máximo de antijuridicidade. Não se aplica apenas nos casos em que o ato estatal ofende o núcleo essencial do direito fundamental. Qualquer ofensa desproporcional que agrida o bem jurídico reclama controle judicial: basta que o comportamento estatal tenha transgredido um milímetro do que lhe autoriza o ordenamento jurídico para que a ação se torne inconstitucional e mereça anulação. O mesmo deve ocorrer nos casos de *omissão*, com a aplicação da outra face do princípio proporcionalidade: a “proibição de proteção deficiente”. A falta de criação de condições adequadas ao exercício dos

direitos fundamentais em sua integralidade já implica uma inconstitucionalidade. Não é necessário alcançar um ponto crítico, um patamar de inconstitucionalidade máxima (porque violadora do núcleo essencial do direito fundamental) para se reconhecer que a conduta é contrária ao sistema normativo e precisa ser corrigida. Logo, justifica-se o reconhecimento da pretensão jurídico-subjetiva transindividual ao atendimento integral dos deveres estatais decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ainda que a inação não tenha importado ofensa ao ponto nodal de tais direitos.

A terceira razão decorre do fato de que, conforme defendido em outro estudo,⁹⁹ os deveres do Estado em matéria de direitos fundamentais sociais não se limitam a um patamar mínimo. O desenvolvimento como objetivo fundamental da República exige que a Administração alcance níveis elevados de satisfação desses direitos, para que se possa reduzir a distância entre as posições existentes na sociedade, proporcionando com isso uma relação igualitária entre os cidadãos. Uma Administração Pública inclusiva, exigida pela Constituição de 1988, deve pautar-se por uma atuação eficiente que assegure a realização integral do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, e não apenas o mínimo existencial. Logo, exsurge como imperativo constitucional o cumprimento da dimensão objetiva desses direitos, com a construção, nos planos fático e jurídico, das condições necessárias para tornar real e efetivo o seu exercício. Daí por que ser necessário admitir a existência de um direito metaindividual nos casos em que tais deveres não sejam observados.

Em suma: uma das proposições que aqui se defende é a possibilidade de exigir, pelas vias processuais coletivas, o

⁹⁹ Os fundamentos para se chegar a essa conclusão foram lançados no artigo: HACHEM, D.I W., “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento” *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013, p. 340-399. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>>. Acesso em 15 ago. 2013.

atendimento de parâmetros suficientemente necessários ao cumprimento dos deveres que decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, propõe-se neste estudo que as obrigações objetivas que as normas jusfundamentais desencadeiam sobre o Poder Público, que independem de postulação judicial ou administrativa por sujeitos determinados, atribuem de forma correspondente um *direito transindividual* de toda a coletividade ao atendimento estatal desses deveres. Esse direito não terá, *prima facie*, uma dimensão subjetiva que autorize a sua exigibilidade. Mas esta exsurgerà nas hipóteses em que o Estado deixar de empreender prestações fáticas e normativas de organização, procedimento e proteção em níveis satisfatoriamente aceitáveis, suficientes para a fruição, pelos cidadãos, dos bens jurídicos fundamentais tutelados constitucionalmente.

A materialização prática dessa afirmação reclama uma incursão pelas categorias de direitos judicialmente tuteláveis identificadas pelo Direito Processual Civil, tarefa que se empreenderá no próximo tópico.

IV. A IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR GENERICAMENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AS TITULARIDADES ESTANQUES PREVISTAS NAS CATEGORIAS TRADICIONAIS DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA

Viu-se, no tópico anterior (3.2.), que não é possível sustentar em termos genéricos que um determinado direito fundamental social, quando considerado *como um todo* (em sentido amplo), possui titularidade individual ou transindividual. Por conta da dupla feição desses direitos (subjetiva e objetiva), bem como de sua multifuncionalidade, as normas jusfundamentais fazem espargir um feixe de pretensões jurídicas distintas que podem ser consideradas, cada qual, como um direito fundamental em sentido estrito. E a titularidade de cada uma dessas pretensões específicas pode vir a ser individual ou transindividual, a depender do caso.

Partindo das reflexões de Direito Constitucional até aqui desenvolvidas, o presente tópico tem por escopo trasladar a discussão para o campo do Direito Processual Civil, buscando com isso identificar se é possível encaixar os direitos fundamentais nas fôrmas legais criadas pela legislação processual brasileira. É dizer: pretende-se verificar a viabilidade de enquadrar os direitos fundamentais sociais na figura dos direitos *individuais*, sujeitos aos instrumentos tradicionais de tutela judicial, ou nos esquemas conceituais de direitos *difusos*, *coletivos* e *individuais homogêneos*, passíveis de proteção jurisdicional pelos mecanismos da sistemática processual coletiva.

Esse ponto se reveste de elevada significação para a temática vertente, uma vez que o problema responsável pelo atendimento dos direitos fundamentais sociais de forma desigual e anti-isonômica pela via do ativismo judicial não reside, por si só, na postura pró-ativa do magistrado.¹⁰⁰ A verdadeira causa encontra-se no equívoco de se pensar ser juridicamente aceitável conceder prestações individualizadas nas situações em que a pretensão deduzida em juízo detém, na realidade, natureza transindividual.

Por isso, de nada adianta o domínio pleno dos aspectos teóricos e dogmáticos do Direito Constitucional em matéria de direitos fundamentais, sem compreender adequadamente quais são os requisitos necessários para que uma posição jurídica deles derivada esteja apta a abrir as portas do sistema de tutela judicial individual, ou, diversamente, do regramento processual coletivo. Afinal, é exatamente a ausência do conhecimento a respeito de quais são as condições que as pretensões jusfundamentais precisam reunir para

¹⁰⁰ Como dito antes, dados sobre os impactos negativos do ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais foram trazidos em outro estudo: HACHEM, D. W., “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013., p. 340-399. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>>. Acesso em 15 ago. 2013.

poderem desfrutar de cada um desses sistemas processuais que conduz a resultados indesejáveis sob a óptica constitucional.

A tratativa do processo coletivo, quando calcada na mesma racionalidade liberal-subjetivista que preside o paradigma processual de cunho individual, esteriliza as potencialidades dessa nova modalidade de tutela, impossibilitando com isso a proteção adequada das pretensões jurídicas transindividuais.¹⁰¹ E isso implica, na seara dos direitos fundamentais, continuar utilizando instrumentos e técnicas processuais (judicial e administrativamente) que não mais se ajustam à complexidade jurídica a eles inerente. As especificidades da natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais reclama a criação de mecanismos capazes de assegurar o respeito, a proteção e a promoção das diversas posições jurídicas neles enfeixadas, o que exige, por sua vez, identificar se a titularidade de cada uma delas é individual ou transindividual. Tal percepção permitirá, frente a cada pretensão jurídica emanada de um mesmo direito fundamental, verificar qual ferramenta – e por consequência qual sistemática processual – é a mais idônea para conferir-lhe realização efetiva.

O assunto será trabalhado em dois momentos. Primeiramente (4.1.), será apresentado um panorama geral das modalidades de titularidade de direitos consagradas pela legislação processual brasileira, apontando-se suas respectivas formas de tutela judicial. Em seguida (4.2.), será promovida uma reflexão crítica em relação à tentativa de classificar os direitos fundamentais de forma estanque nos conceitos de direitos “individuais”, “difusos”, “coletivos” e “individuais homogêneos”, esboçando algumas consequências dessa inteligência.

1. A distinção entre direitos individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito positivo brasileiro e suas respectivas formas de tutela

¹⁰¹ VENTURI, E., *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*, Malheiros, São Paulo, 2007, p. 24.

O sistema processual brasileiro incorpora uma série de mecanismos de tutela jurisdicional que podem ser reunidos em três grandes grupos: (i) instrumentos de tutela de *direitos individuais*, cuja reivindicação judicial pode ser realizada: (i.ii.) por mecanismos de *tutela individual*, manejados pelo próprio titular da pretensão jurídica individualizada,¹⁰² ou (i.ii.) por ferramentas de *tutela coletiva*, mediante as quais um ente ao qual a lei atribui legitimação ativa, em circunstâncias determinadas, maneja ações coletivas para proteger direitos individuais que ostentam uma origem comum¹⁰³; (ii) mecanismos de tutela de *direitos transindividuais*, caracterizados pela indivisibilidade do bem jurídico protegido, titularizados por coletividades determináveis ou indeterminadas;¹⁰⁴ (iii) ferramentas de tutela da *ordem jurídica*, considerada em abstrato, que compreendem as ações de controle de constitucionalidade de atos e omissões normativas^{105, 106}

Os instrumentos pertencentes ao terceiro agrupamento supraindicado escapam do objeto central deste artigo, motivo pelo qual as atenções serão dirigidas para os dois primeiros. As considerações a seguir versarão sobre: (a) o sistema de processo civil tradicional, voltado à proteção de *direitos individuais*; (b) a formação de um modelo de processo coletivo, destinado à *tutela de direitos coletivos* e à *tutela coletiva de direitos*; (c) as características do gênero *direitos transindividuais* e das suas duas espécies – *direitos coletivos (stricto sensu)* e *direitos difusos*; (d) a configuração jurídica dos *direitos individuais homogêneos*.

¹⁰² Como é o caso das ações de procedimento ordinário, reguladas pelo Código de Processo Civil, e do mandado de segurança individual, disciplinado pela Lei n° 12.016/09.

¹⁰³ Por exemplo: ação civil coletiva e mandado de segurança coletivo.

¹⁰⁴ Por exemplo: ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa e mandado de segurança coletivo.

¹⁰⁵ Por exemplo: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

¹⁰⁶ ZAVASCKI, T. A., *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 21.

(a) O processo civil, desde o seu reconhecimento como ciência autônoma no século XIX, foi construído para promover a tutela judicial de *direitos individuais* em conflito. É marcado, pois, desde o seu nascedouro, por um ideário individualista.¹⁰⁷

O sistema processual tradicional, ainda atualmente vigente, funda-se em um paradigma no qual o indivíduo é tomado como único sujeito de direito. A ele deve servir o processo, salvaguardando sua liberdade, autonomia e igualdade em sentido formal. Cuida-se da racionalidade liberal própria do iluminismo oitocentista, que tem o indivíduo como horizonte de compreensão da realidade, em função do qual deve se orientar o ordenamento jurídico.¹⁰⁸ A partir daí é modelado o processo, com dogmas derivados de uma ideologia liberal-individual-subjetivista, entre os quais se pode destacar: (i) a restrição da legitimação para a propositura de demandas ao titular de um *direito subjetivo*; (ii) o emprego de procedimentos judiciais ordinários e padronizados, insuscetíveis de variação para se amoldarem às peculiaridades das situações concretas, para evitar tratamentos desiguais às partes; (iii) a limitação dos poderes dos juízes e das técnicas processuais à sua disposição àquelas legalmente previstas, para impedir intervenções indevidas e imprevisíveis nas liberdades individuais; (iv) a circunscrição dos efeitos decisão às partes do processo, incapazes de serem estendidos a terceiros que não integraram a relação processual.¹⁰⁹

Trata-se, portanto, de um modelo de processo centrado essencialmente na figura do *direito subjetivo* como requisito para autorizar a provocação judicial. Essa categoria jurídica consolidou-se no século XIX em torno de algumas características, como o *poder de exigir* de outrem o cumprimento de um *interesse individual*

¹⁰⁷ CUNHA, A. A. M. da, “Evolução das ações coletivas no Brasil”, *Revista de Processo*, núm. 77, jan./mar. 1995. p. 224-235.

¹⁰⁸ ROUANET, S. P., *Mal-estar na modernidade: ensaios*, Companhia das Letras, São Paulo, 1993, p. 35-37.

¹⁰⁹ VENTURI, E., *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 26.

protegido pela ordem jurídica, sob pena de uma *ação na justiça*.¹¹⁰ Ou seja: para que a pretensão jurídica fosse *acionável judicialmente*, ela deveria dizer respeito a interesses jurídicos de um titular individualmente determinado. E o interesse individual é aquele “cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos. Assim se passa, por exemplo, com o interesse do credor em receber seu crédito”.¹¹¹

Essa é a lógica que preside o Código de Processo Civil brasileiro. Estruturado originalmente em 1973, foi construído com o escopo de regular processualmente situações envolvendo partes determinadas e claramente identificáveis, em contendas individuais.¹¹² E logicamente que, em grande parte dos casos, esse sistema dá conta de resolver os litígios bilaterais, estabelecidos entre dois sujeitos individuais bem definidos, tanto na área do Direito Privado quando na esfera do Direito Público. A ele também se deve recorrer em matéria de direitos fundamentais sociais, quando a pretensão jurídica que se busca satisfazer for titularizada por um indivíduo determinado e a sua reivindicação de forma isolada for conveniente e economicamente viável.

¹¹⁰ Veja-se, por exemplo, a definição de Roger Bonnard, para quem o direito subjetivo é “o poder de exigir de alguém, em virtude de uma regra de direito objetivo, alguma coisa na qual se tem interesse, sob a sanção de uma ação na justiça; sendo o conteúdo da coisa exigível fixado imediatamente seja pelo direito objetivo, seja por um ato jurídico individual” (BONNARD, R., “Les droits publics subjectifs des administrés” *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 49, 1932, p. 695-728.). Similar é a noção formulada por José Carlos Vieira de Andrade, que conceitua a figura citada como “um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efetiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular” (ANDRADE, J. C. V. de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 112).

¹¹¹ MANCUSO, R. de C., *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 50.

¹¹² ZAVASCKI, *Processo coletivo...* op. cit., p. 20.

Havendo uma relação jurídica bem delineada pelo sistema normativo, que estabeleça com clareza o titular do direito fundamental (sujeito ativo), o destinatário da obrigação (sujeito passivo) e a prestação positiva ou negativa a ser realizada (objeto da relação), caberá ao primeiro propor a ação judicial individual em face do segundo, exigindo o cumprimento da conduta que lhe é devida. É o caso, por exemplo, do servidor público que reúne os pressupostos constitucionais para exercer o seu direito fundamental social à aposentadoria voluntária (arts. 6º e 40, §1º, III, “b” da CF),¹¹³ com base nos valores fixados pelos §§3º e 17 do art. 40 da Constituição.¹¹⁴ Se a Administração Pública negar o seu pedido por considerar, equivocadamente, que os requisitos constitucionalmente exigidos não foram cumpridos, ou deferi-lo

¹¹³ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a *previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...)”

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (...) III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (...) b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

¹¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 40. (...) § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (...) § 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.”

com proventos calculados em montante inferior à quantia à qual o postulante faz jus, o agente público poderá propor ação de cunho individual pleiteando que o Estado satisfaça adequadamente o seu direito.

(b) Ocorre que o sistema de *tutela individual dos direitos* deixa descoberta uma gama de interesses juridicamente protegidos que não se amoldam aos contornos da figura tradicional do direito subjetivo de matriz liberal-individualista, ensejando a necessidade de um sistema que admita, de um lado, a *tutela de direitos coletivos*, e, de outro, a *tutela coletiva de direitos*.

Uma das causas que ensejou, por muito tempo, um obstáculo ao reconhecimento jurídico de formas de tutela de direitos e interesses transindividuais foi o estabelecimento de uma dicotomia estanque entre Direito Público e Direito Privado.¹¹⁵ Um dos critérios empregados para distinguir esses dois grandes ramos jurídicos era o do interesse: enquanto ao primeiro incumbia a tutela dos interesses *públicos*, titularizados pelo Estado, o segundo limitava-se à disciplinar as formas de proteção dos interesses *privados*, atribuídos individualmente aos particulares.¹¹⁶ Dentro dessa lógica, não havia um *locus* jurídico adequado para enquadrar os interesses transindividuais. Afinal, a quem incumbiria a sua tutela? Somente com a relativização do individualismo consolidado no século XIX e com a atenuação de uma rígida clivagem entre o Direito Público e o Direito Privado é que foi possível abrir espaço, dentro dos esquemas jurídicos, para a

¹¹⁵ Sobre os critérios utilizados pela doutrina para circunscrever os campos de atuação de cada um desses dos grandes ramos jurídicos e uma crítica à *summa divisio* do Direito: BACELLAR FILHO, R. F., “Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato” (Org. C. M. Viale) en, *Derecho Común y Derecho Administrativo: diferencias y contactos*, Lerner, Córdoba, 2009, p. 35-60.

¹¹⁶ FINGER, A. C., “O público e o privado na Administração Pública” (Coord. E. Guimarães), *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 63.

construção de ferramentais dirigidos à proteção adequada dos direitos e interesses difusos e coletivos.¹¹⁷ Tais pretensões jurídicas, por resguardarem bens jurídicos indivisíveis titularizados por toda a coletividade ou por grupos determinados, mais se assemelhavam ao próprio interesse geral. Contudo, a legitimidade para reivindicação de sua tutela não poderia ficar atrelada somente às mãos do Poder Público, haja vista que, não raras vezes, sua violação era ocasionada pelo próprio Estado. Assim, fez-se necessária a atribuição, pelo sistema normativo, de legitimidade para corpos intermediários buscarem a sua proteção, tais como os sindicatos, as associações e o Ministério Público.

Essa nova forma de tutela, portanto, é permeada por significativas dificuldades. Entre outras, vale destacar a problemática da legitimação ativa para a reivindicação de proteção estatal, uma vez que se tratam de bens jurídicos indivisíveis e de titularidade transindividual, o que acaba dificultando, para fins de formulação adequada dos pedidos, a organização de todos aqueles que serão afetados por eventual decisão administrativa ou judicial voltada à tutela do direito. Cabe citar, ademais, que nos casos que envolvem efeitos pecuniários, muitas vezes a ação ou omissão estatal pode ocasionar violações a direitos fundamentais verdadeiramente expressivas em termos globais, mas geradoras de lesões econômicas não tão significativas no âmbito individual. Assim, quando a conduta estatal, embora ofensiva à esfera jurídica de uma coletividade de cidadãos, não enseja impactos econômicos de grande monta para cada um deles (quando considerados isoladamente), capaz de justificar economicamente a propositura de uma demanda judicial individual, acaba-se aceitando impotentemente o comportamento administrativo transgressor.¹¹⁸

É em face dessas situações que se tornou necessária a edificação de um modelo de processo que contemplasse formas coletivizadas de proteção judicial dos direitos. Essa criação de uma ampla

¹¹⁷ VENTURI, E. *Processo civil coletivo*... op. cit., p. 51.

¹¹⁸ ARENHART, S. C., *Perfis da tutela inibitória coletiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003. p. 139.

sistemática processual de tutela coletiva foi impulsionada, inicialmente, pela preocupação com duas questões que avultaram a partir da década de 1970: a proteção do meio-ambiente, cada vez mais ameaçado pela exploração desenfreada de atividades comerciais e industriais poluentes, e a defesa dos consumidores, em face do abuso do poder econômico cada vez mais acentuado na economia de mercado, dirigida essencialmente ao lucro.¹¹⁹ Posteriormente, percebeu-se que diversos outros interesses salvaguardados pela ordem jurídica reclamavam também uma nova forma de tutela jurisdicional, eis que o modelo convencional já não dava conta de garanti-los idoneamente. Entre eles, situam-se algumas das pretensões ligadas aos direitos fundamentais sociais.

No Brasil, a previsão de instrumentos de tutela de direitos transindividuais iniciou-se com a ação popular, inserida na Constituição de 1934, cuja regulamentação no plano infraconstitucional ocorreu somente em 1965, pela Lei nº 4.717/65 (já sob a égide da Constituição de 1946). Naquele momento, cuidava-se de ferramenta voltada apenas à tutela do patrimônio público, assim considerados os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e – a partir da Lei nº 6.513/77 – turístico.¹²⁰ A legitimidade para sua propositura pertencia – e continua pertencendo – a qualquer cidadão. Em que pese a postura vanguardista do legislador brasileiro ao prever esse instituto, a ação popular revelou-se insuficiente para uma tutela adequada e integral dos direitos metaindividuais. Sob o aspecto subjetivo, porque grande parte das vezes o cidadão, singularmente, encontrava-se em posição de desvantagem processual frente ao polo passivo da demanda, geralmente integrado por pessoas físicas e jurídicas munidas de destacado poder político e

¹¹⁹ ZAVASCKI, *Processo coletivo...* op. cit., p. 27.

¹²⁰ A Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXXIII, ampliou o espectro de incidência da ação popular, admitindo também o seu manejo para a proteção da moralidade administrativa, do meio-ambiente e do patrimônio histórico e cultural, além do patrimônio público já anteriormente previsto.

econômico.¹²¹ Sob a perspectiva objetiva, porque o instrumento não servia à defesa de qualquer direito supraindividual, mas somente à salvaguarda do patrimônio público, deixando sem proteção uma série de outros interesses resguardados juridicamente cuja titularidade transpassava o sujeito individual.¹²²

A Lei nº 7.347/85 consagrou um meio processual de tutela coletiva mais ampla dos direitos metaindividuais: a ação civil pública. O diploma conferiu legitimação ativa para o ajuizamento da nova medida ao Ministério Público, às entidades públicas da Administração Pública direta e indireta, e às associações que tenham, entre seus fins institucionais, a proteção a bens jurídicos difusos e coletivos. Estipulou, ademais, um âmbito mais alargado de cabimento da ação (se comparado ao objeto da ação popular): reconheceu a possibilidade de proposição da ação civil pública para a proteção do meio-ambiente, do consumidor, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A Constituição de 1988, em seu art. 129, III, ampliou ainda mais a funcionalidade da ferramenta, outorgando ao Ministério Público a legitimidade para postular, por meio dela, a defesa de qualquer interesse coletivo ou difuso.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro um modelo sólido e abrangente de tutela processual coletiva. Ele não apenas incluiu o inciso IV no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, estendendo a possibilidade do seu emprego para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo por qualquer dos legitimados (e não apenas pelo Ministério Público), como também introduziu em seu Título III uma nova disciplina geral para o processo coletivo, aplicável a todas as demandas judiciais de natureza transindividual (e não somente àquelas que envolvem relações de consumo). Dispôs, em seu art. 90, que as normas da Lei nº 7.347/85 também se aplicariam às ações coletivas envolvendo

¹²¹ MENDES, A. G. de C., *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 37-38.

¹²² CUNHA, A. A. M. da, *Evolução das ações...* op. cit., p. 227.

Direito do Consumidor. Ou seja: fixou-se a partir daí uma interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, com a incidência recíproca de suas disposições normativas concernentes às técnicas processuais de caráter coletivo. Tal conjugação da Lei nº 7.347/85 com a Lei nº 8.078/90 passou a ser considerada como o “marco fundante de um verdadeiro sistema processual coletivo”.¹²³

Esse microssistema de tutela judicial coletiva buscou resolver, pela via legislativa, algumas problemáticas que o modelo tradicional de processo individual era incapaz de solucionar. Em primeiro lugar, a já mencionada questão da legitimação para a propositura das ações, diante da pluralidade de sujeitos que titularizam o mesmo bem indivisível e da consequente dificuldade de organização de todos os possíveis afetados para formular adequadamente os pedidos. Em segundo lugar, o problema da extensão da coisa julgada, que não pode se limitar ao proponente da ação como no processo individual, demandando uma incidência sobre todos aqueles que integram o agrupamento titular do direito difuso ou coletivo. Em terceiro lugar, a necessidade de estabelecer critérios para classificar as espécies de pretensões suscetíveis de proteção jurisdicional coletivizada, construindo para cada uma delas um regime jurídico-processual que se adapte às suas peculiaridades fáticas. Nesse influxo, criou-se através do conjunto normativo supracitado: (i) formas diferentes de legitimação ativa para as ações coletivas; (ii) uma nova disciplina para a eficácia das decisões judiciais prolatadas nos processos coletivos; (iii) uma classificação legal para as modalidades de direitos passíveis de serem reivindicados pelo sistema processual coletivo.

O ordenamento jurídico brasileiro referiu-se, em sede legislativa, a três espécies de direitos que podem ser *tutelados coletivamente*: (i) os direitos difusos; (ii) os direitos coletivos (*stricto sensu*); e (iii) os direitos individuais homogêneos.¹²⁴ As duas primeiras espécies

¹²³ VENTURI, *Processo civil coletivo*... op. cit., p. 17.

¹²⁴ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo

dizem respeito a *direitos transindividuais* (ou coletivos *lato sensu*), porque consistem em pretensões juridicamente protegidas que visam à salvaguarda de um bem jurídico indivisível, titularizado por um grupo ou por toda a sociedade. A terceira espécie, como se pode extrair de sua nomenclatura, compreende direitos *individuais* em sua essência, que em razão de determinadas características que lhes são peculiares recebem do sistema normativo autorização para serem *tutelados coletivamente*.

Impõe-se reconhecer que o microssistema de tutela jurisdicional coletiva de direitos implantado pelo legislador brasileiro é efetivamente avançado e inovador, ao menos na teoria. Ele mune o cidadão de uma série de instrumentos, técnicas processuais e procedimentos adequados a uma proteção efetiva das pretensões transindividuais resguardadas pelo Direito material. Contudo, a formação de um sistema de processo coletivo no ordenamento jurídico pátrio originou-se por iniciativa legislativa, e não por criação jurisprudencial, tal como ocorreu em outros países, como Estados Unidos¹²⁵ e Argentina.¹²⁶ Para alguns autores, como

único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

¹²⁵ Uma exposição extremamente detalhada dos fundamentos, origens históricas, requisitos, hipóteses de cabimento e aspectos procedimentais das *class actions* norte-americanas, que realiza inclusive um confronto analítico com o sistema brasileiro de tutela coletiva, pode ser encontrada em: GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹²⁶ Para uma visão global da tutela judicial coletiva no Direito argentino, ver: LORENZETTI, R. L., *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

Sérgio Cruz Arenhart, tal peculiaridade implica, em alguma medida, certa reticência na sua utilização prática pelos juízes.¹²⁷ Para outros, como Teori Albino Zavascki, essa implantação pela via legislativa foi recebida com entusiasmo, gerando uma utilização cada vez mais frequente, em um cenário ainda carente de experiência prática. A consequência disso, segundo este último autor, foi o recorrente cometimento de expressivos equívocos no manejo desses instrumentos, verificados na rotina forense, muitas vezes por se considerar as ações coletivas como a panaceia para todos os problemas sociais. E um dos grandes erros nessa seara tem sido a confusão entre a tutela de *direitos coletivos* (transindividuais) e a tutela coletiva de *direitos individuais*.¹²⁸

É preciso, pois, diferenciar a *tutela de direitos coletivos* da *tutela coletiva de direitos*.¹²⁹ Os direitos transindividuais (ou coletivos *lato sensu*) – que englobam os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos – só podem receber proteção jurisdicional por meio de instrumentos de *tutela coletiva*, haja vista a indivisibilidade dos bens jurídicos por eles resguardados. Por sua vez, os direitos individuais podem ser objeto de ações judiciais *individuais*, ou, quando houver *homogeneidade* em sua origem (conceito a seguir elucidado), poderão ser protegidos mediante ferramentas de *tutela coletiva*. Para esses direitos, o ordenamento jurídico conferiu uma proteção jurisdicional bivalente.¹³⁰ Logo, é possível dizer que a “tutela coletiva de direitos” pode ter como finalidade a proteção de direitos coletivos (*lato sensu*) ou individuais (homogêneos),¹³¹ ao

¹²⁷ ARENHART, *Perfis da tutela...* op. cit., p. 151.

¹²⁸ ZAVASCKI, *Processo coletivo...* op. cit., p. 32.

¹²⁹ Tal diferenciação vem sendo posta em relevo por Teori Albino Zavascki desde a publicação de seu artigo: ZAVASCKI, T. A., “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos” *Revista de Processo*, v. 20, núm. 78, 1995, abr./jun., p. 32-49.

¹³⁰ A expressão é de VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 64.

¹³¹ Conforme bem ressalta Rodolfo Mancuso, para que um processo seja coletivo é necessário que o seu escopo seja a tutela de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. MANCUSO, R. de C., *Jurisdição*

passo que a “tutela de direitos coletivos” será sempre voltada aos direitos de natureza transindividual.

Os instrumentos previstos atualmente no Direito brasileiro para a “tutela de direitos coletivos” (transindividuais) são, basicamente: (i) a ação popular, quando o objeto da demanda for a desconstituição de ato lesivo a um dos quatro bens jurídicos previstos no art. 5º, LXXIII da CF;¹³² (ii) a ação de improbidade administrativa, quando o intuito for resguardar a moralidade administrativa, através da invalidação de atos considerados ímprobos pela lei, ou dos seus efeitos, com a aplicação de sanções aos responsáveis pela sua prática;¹³³ (iii) o mandado de segurança coletivo, quando for possível demonstrar mediante prova pré-constituída (documental) que um direito coletivo está sendo agredido ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública, e não for cabível o *habeas corpus* nem o *habeas data*;¹³⁴ (iv) o mandado de injunção, quando a falta de norma

coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 69.

¹³² Regulada pela Lei nº 4.717/65.

¹³³ O rito do processo judicial que tem por objeto a improbidade administrativa é parcialmente tratado no Capítulo V da Lei nº 8.729/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Na prática, mesmo inexistindo remissão legal expressa, a jurisprudência dominante tem aplicado aos processos dessa natureza, no que couber, as regras procedimentais da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), sendo comum rotular-se tais demandas de “ação civil pública de improbidade administrativa”. Para uma crítica dessa aplicação, por considerar a ação de improbidade administrativa como modalidade autônoma de demanda judicial sobre a qual não incidem os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública, ver: MEIRELLES, H. L.; WALD, A.; MENDES, G. F., *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 34ª ed., 2012, p. 257-261.

¹³⁴ A Constituição Federal arrola o mandado de segurança coletivo como garantia fundamental do cidadão, no art. 5º, LXX, com a seguinte redação: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos

regulamentadora inviabilizar o exercício de um direito transindividual constitucionalmente assegurado;¹³⁵ (v) a ação civil pública, para a tutela de qualquer direito ou interesse transindividual.¹³⁶ Dentre os mecanismos citados, a tutela das

interesses de seus membros ou associados”. A Lei nº 12.016/2009, que disciplina o instituto, prevê em seu art. 21, I, expressamente a possibilidade de manejo do instrumento para a tutela de direitos “coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica”.

¹³⁵ O mandado de injunção, também assegurado entre as garantias fundamentais do cidadão, encontra-se previsto no art. 5º, LXXI, que assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Ele pode ter como objeto a tutela de direitos coletivos *stricto sensu*, conforme o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal (entre outras, cite-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25.10.2007. DJe-206 Publicado em 31.10.2008). Pode, ademais, servir à tutela de direitos difusos, consoante expressamente prevê a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em seu art. 6º, VIII. Até o presente momento, inexistente lei regulamentando esse remédio constitucional. Em razão disso, aplica-se por ora, no que couber, o rito do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009), por determinação do art. 24, § único da Lei nº 8.038/90 (“No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”). Uma crítica a essa última previsão é desenvolvida em: HACHEM, D. W., *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 179-181.

¹³⁶ A ação civil pública é regida por sua lei própria (Lei nº 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor, cujas disposições a propósito da tutela coletiva não se restringem às relações de consumo. Conforme dito anteriormente, o diálogo entre essas duas leis compõe um microsistema de tutela judicial coletiva, que formado por um conjunto normativo integrado incidente, no que couber, sobre todas as ações de natureza coletiva.

pretensões jurídicas transindividuais derivadas de direitos fundamentais sociais será realizada, essencialmente, pelos três últimos.

Já a “tutela coletiva de direitos” (individuais homogêneos) é realizada: (i) pela chamada ação civil coletiva (art. 6º, XII da Lei Complementar nº 75/93), disciplinada fundamentalmente pelos arts. 91 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor; (ii) pelo mandado de segurança coletivo, quando a prova da ameaça ou lesão comum a direitos individuais puder ser demonstrada por provas pré-constituídas.¹³⁷

(c) Uma vez traçadas as distinções básicas entre processo individual e processo coletivo, e entre “tutela coletiva de direitos” (individuais ou não) e “tutela de direitos coletivos”, cumpre analisar as peculiaridades dos chamados *direitos transindividuais* (coletivos *lato sensu*) e delinear as diferenças entre suas duas espécies: os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*.

O que caracteriza os direitos de natureza coletiva (difusos e coletivos *stricto sensu*) é a *indivisibilidade* do bem jurídico por eles protegido e, por consequência, a *transindividualidade* da sua titularidade, insuscetível de ser atribuída a um indivíduo isolado. Não se trata de uma soma de direitos individuais; cuida-se, ao revés, de um único bem jurídico indivisível ao qual uma coletividade de sujeitos (determinável ou não) tem direito. Esse direitos transindividuais caracterizam-se, pois, sob dois aspectos: *subjetivamente*, por uma *pluralidade* de sujeitos com interesses incidentes sobre o mesmo bem; *objetivamente*, pela *indivisibilidade* do bem jurídico tutelado.¹³⁸

¹³⁷ Em seu art. 21, II, a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) estabelece que, além dos direitos coletivos *stricto sensu*, podem ser objeto de proteção por essa ferramenta os direitos “individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

¹³⁸ CUNHA, *Evolução das ações...* op. cit., p. 225.

Sob o prisma *subjetivo*, a *transindividualidade* da titularidade do interesse jurídico reside na existência de uma multiplicidade de sujeitos que comungam de uma mesma pretensão indivisível.¹³⁹ Não podem ser imputados a um único sujeito, singularmente considerado. Sob o ponto de vista objetivo, a *indivisibilidade* significa que o bem jurídico objeto de proteção não pode ser cindido e dividido entre os seus vários titulares.¹⁴⁰ Esse traço característico diz respeito à própria natureza das pretensões jurídicas transindividuais: o bem jurídico em questão deverá ser fruído de modo indistinto por todos aqueles que compartilham coletivamente a sua titularidade. Ele pode ser verificado pelo fato de que, uma vez protegido o direito, a satisfação de um interessado pressuporá inafastavelmente a de todos os demais, ao passo que a lesão a um deles importará, necessariamente, ofensa a todos os demais.¹⁴¹ No caso de êxito de uma ação popular, por exemplo, voltada à anulação de ato contrário à moralidade administrativa, a procedência do pedido compensará a todos os cidadãos, e não só àquele que propôs a demanda. O mesmo se diga se o objeto fosse a interdição da construção de uma usina hidrelétrica, atentatória contra a higidez do meio-ambiente: a comunidade como um todo será beneficiada pelo sucesso da ação coletiva.

É bem por esse motivo que a eficácia das sentenças nas ações coletivas se estende subjetivamente para além das partes que integraram a relação processual: todos aqueles que se encontrem em situação fático-jurídica idêntica àquela que foi discutida nos autos deverão desfrutar dos efeitos da decisão, vinculando a pessoa que lesionou o direito transindividual. Também por isso que as pretensões jurídicas metaindividuais — quando

¹³⁹ VENTURI, *Processo civil coletivo*... op. cit., p. 53.

¹⁴⁰ ZAVASCKI, *Processo coletivo*... op. cit., p. 34.

¹⁴¹ MOREIRA, J. C. B., “A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro”, *Revista Forense*, v. 77, núm. 276, 1981, out./dez., p. 1-6; GRINOVER, A. P., “Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos” *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 13, núm. 1-2, 1984, p. 1-34.

genuinamente metaindividuais – não podem ser cindidas. Se elas afetarem apenas um ou alguns dos integrantes do agrupamento derivado de uma relação jurídica base, não serão verdadeiramente coletivas, mas sim individuais. Para que sejam efetivamente supraindividuais, é preciso que afetem indistintamente a toda a classe, categoria ou coletividade.¹⁴²

Dentro do universo dos direitos transindividuais, convencionou-se diferenciar duas espécies: os direitos *difusos* e os direitos coletivos (*stricto sensu*). Costuma-se dizer que o critério apto a distinguir essas duas modalidades do gênero “direitos metaindividuais” consiste na possibilidade de determinação do grupo que os titulariza. Será *difuso* o direito (ou, melhor dizendo, a pretensão jurídica) que pertença indistintamente a um conjunto indeterminável de pessoas, entre as quais inexistia qualquer vínculo jurídico e que se encontrem unidas ao bem juridicamente tutelado por circunstâncias fáticas.¹⁴³ É o caso do direito ao patrimônio histórico e cultural, que pode manifestar-se como direito difuso por meio da pretensão jurídica de tombamento de determinado bem imóvel, como forma de proteção do patrimônio arquitetônico de um Município. Outro exemplo é o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, que pode se apresentar concretamente como direito difuso através da pretensão jurídica, por ele englobada, de proteção de determinada espécie animal contra a caça predatória, face ao risco de sua extinção. Ainda ilustrativamente, poder-se-ia mencionar como titulares de direitos difusos tanto “uma comunidade (por exemplo, uma vila de pescadores, ameaçada pela emissão de dejetos urbanos no mar) como uma etnia (nos casos de discriminação racial) ou mesmo toda a humanidade (como na ameaça constante de guerra nuclear, ou na ‘exploração’ predatória e anárquica da Amazônia)”.¹⁴⁴

¹⁴² VENTURI, *Processo civil coletivo*... op. cit., p. 54.

¹⁴³ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória*... op. cit., p. 156.

¹⁴⁴ MANCUSO, *Interesses difusos*... op. cit., p. 97.

No caso dos direitos e interesses *difusos*, não há como identificar o agrupamento social que ostenta a titularidade do bem jurídico indivisível em questão, exatamente pelo fato de que a origem da pretensão jurídica é fática e circunstancial. A impossibilidade de sua determinação repousa sobre a inexistência de vínculos formais entre os indivíduos que integram a coletividade afetada, capazes de uni-los em torno de classes ou categorias, tal como ocorre com as pretensões coletivas em sentido estrito. Diante da inviabilidade de determinar previamente todos os afetados pela pretensão difusa, o art. 103, I do Código Defesa do Consumidor estabeleceu que a decisão será oponível *erga omnes*, haja vista a indeterminabilidade dos possíveis integrantes do agrupamento que titularizava o direito em questão.¹⁴⁵

Por sua vez, será *coletivo* em sentido estrito o direito (ou pretensão jurídica) titularizado por um grupo, classe ou categoria de pessoas que ostentem uma relação jurídica entre si ou com a parte contrária (isto é, com o sujeito sobre o qual recai o dever correspondente ao direito).¹⁴⁶ É possível, nesses casos, identificar o conjunto de sujeitos ao qual o sistema jurídico confere a titularidade do bem jurídico indivisível, a partir do vínculo jurídico comum a todos eles (*v.g.*, condição de professores universitários) ou firmado entre cada um deles com o titular do dever jurídico correspondente (*v.g.*, contrato de prestação de serviço de telefonia móvel). É desnecessário que o grupo seja organizado ou que todos aqueles que o integram estejam vinculados a uma mesma entidade representativa, pois a mera existência de uma relação jurídica base é suficiente para identificar a coletividade determinada. É o caso da pretensão jurídica dos servidores que ocupam o cargo de técnico-administrativo no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná à revisão geral anual dos seus vencimentos (art. 37, X da Constituição Federal), que deve ser empreendida por lei.¹⁴⁷ Mesmo aqueles que não integram o sindicato representativo

¹⁴⁵ VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 54

¹⁴⁶ ARENHART, *Perfis da tutela...* op. cit., p. 156.

¹⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 37. (...) X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do

dessa categoria de trabalhadores públicos podem ser identificados a partir de sua vinculação jurídica com o mencionado órgão estatal, e, portanto, pertencem à coletividade que titulariza o sobredito direito.

Uma vez que a pretensão, para que seja autenticamente coletiva *stricto sensu*, deve dizer respeito a todos os membros do grupo determinável por conta de vínculos jurídico-formais, o provimento judicial a ela relativo produzirá efeitos sobre a totalidade dos integrantes da classe ou categoria que titulariza o direito deduzido na demanda. É desnecessário que, no momento da propositura da ação coletiva, o indivíduo esteja formalmente agregado à associação ou ao sindicato representativo do agrupamento postulante. Basta o pertencimento ao grupo, classe ou categoria, aferível mediante um vínculo jurídico, para que os efeitos da decisão lhe aproveitem. Tal laço jurídico, que permite a sua identificação, consiste na sua submissão ao regime próprio e comum da pretensão coletiva: em decorrência da sua ligação jurídica com a pretensão, se esta for violada, a ofensa o prejudicará; se for protegida, a tutela o beneficiará. Não se trata, portanto, de necessidade de um vínculo jurídico com a entidade associativa. A esta incumbe apenas coordenar na esfera judicial os interesses do grupo, classe ou categoria.¹⁴⁸ É por essa razão que os efeitos da sentença, segundo o art. 103, II do Código de Defesa do Consumidor, serão *ultra partes*, atingindo também aqueles que não se encontravam ligados formalmente ao ente representativo. A eficácia, no entanto, limita-se aos integrantes daquela coletividade determinada, que efetivamente possuíam vinculação jurídica com a pretensão coletiva. Não se estende *erga omnes*, como nas sentenças relativas a direitos difusos. Contudo, há restrições a esse regime para as ações aforadas por entidades associativas (notadamente quando figuram no pólo passivo pessoas jurídicas

art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

¹⁴⁸ VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 58.

de direito público), estipuladas por disposições normativas de duvidosa constitucionalidade.¹⁴⁹

Em síntese: os direitos *coletivos* (sentido estrito) se distinguem dos *difusos* basicamente por dois motivos: um de caráter conceitual e outro (consequência do anterior) de matriz processual. O primeiro é a possibilidade de determinar o grupo que titulariza a pretensão transindividual. Isso ocorre nos casos em que os indivíduos participantes da coletividade titular do bem jurídico indivisível são unidos por laços jurídico-formais, aptos a permitir a sua identificação em grupos, classes ou categorias.¹⁵⁰ Em tais hipóteses, estar-se-á frente a um “direito coletivo *stricto sensu*”. Sendo impossível essa determinação daqueles que integram o agrupamento por meio de um vínculo jurídico, tratar-se-á de um “direito difuso”. E a segunda diferença entre tais espécies de direitos metaindividuais, decorrente da primeira, possui natureza processual. Consiste na eficácia das decisões prolatadas em processos que envolvem cada uma dessas modalidades: será *erga omnes* quando envolver direitos *difusos* e *ultra partes* quando tiver por objeto direitos coletivos *stricto sensu*.

(d) Além dos direitos supraindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*), o sistema normativo brasileiro autoriza, como já

¹⁴⁹ A Medida Provisória nº 2.180-35/2001 incluiu o art. 2º-A, *caput* e parágrafo único, na Lei nº 9.494/97, instituindo uma restrição ao regime de eficácia *ultra partes* da sentença delineado no art. 103, II do CDC, quando se tratar de ações propostas por entidades associativas. A norma passou a exigir que a peça vestibular se faça acompanhar por cópia da ata da assembleia que haja autorizado o ajuizamento da demanda. Ademais, em razão de tal dispositivo, nas demandas coletivas propostas em face das entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional os efeitos da decisão beneficiarão apenas os indivíduos formalmente associados ao ente representativo, e que na data da propositura da ação possuam domicílio no âmbito da competência territorial do órgão judicial prolator. Tais exceções, no entanto, revelam-se francamente inconstitucionais, sob os pontos de vista formal e material, nos termos da argumentação expendida por: VENTURI, E., *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 208-209.

¹⁵⁰ VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 55.

mencionado, a defesa coletiva de uma terceira espécie de direitos: os *individuais homogêneos*, que, conforme se averbou anteriormente, são direitos de titularidade individual (e não transindividual). Sua proteção judicial poderia, em tese, ser buscada pela via individual, mediante o recurso aos instrumentos processuais convencionais. No entanto, a sua origem comum, derivada de um mesmo fato ou de fatos iguais, justifica que a reivindicação de sua tutela seja promovida coletivamente, por variadas razões.

Uma delas é a possibilidade de decisões judiciais conflitantes a respeito de idêntica situação fática e jurídica: os princípios da isonomia e da segurança das relações jurídicas reclamam uma resposta igualitária ao litígio, a qual é assegurada quando a questão é resolvida no bojo de um só processo. Pessoas que se encontram nas mesmas circunstâncias receberão, por meio da ação coletiva, uma única solução judicial, evitando-se com isso o risco de decisões contraditórias a respeito de uma realidade fática comum.

Um segundo motivo é a economia processual proporcionada pela proteção coletiva desses direitos. O tratamento processual molecular e não atomizado, nesses casos, evita a proliferação de incontáveis demandas individuais versantes sobre a mesmíssima questão,¹⁵¹ fenômeno que abarrotaria desnecessariamente o Poder Judiciário e atentaria contra a dimensão objetiva do direito fundamental à razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

Um terceiro fundamento, presente em algumas hipóteses, consiste na pulverização das lesões provocadas pelo agente que, ao descumprir seus deveres jurídicos, viola através do mesmo fato ou de fatos iguais os mesmos direitos individuais de uma multiplicidade de pessoas. São casos em que as dimensões econômicas dos danos sofridas individualmente acabam por inibir o titular do direito a acionar a máquina judiciária, por não valer a pena submeter-se às temeridades inerentes à propositura de uma ação judicial de natureza singular. Em função de tais circunstâncias, a pessoa prejudicada não enxerga qualquer

¹⁵¹ MANCUSO, *Interesses difusos...* op. cit., p. 49.

vantagem em propor isoladamente a demanda, arcando sozinha com o risco de enfrentar um processo com elevadas custas judiciais, honorários advocatícios (contratados e, eventualmente, sucumbenciais), além do tempo despendido com a propositura e acompanhamento da demanda. A desproporcionalidade entre os pequenos prejuízos experimentados e os onerosos encargos que seriam suportados com o aforamento da ação singular inviabilizaria a procura pela tutela individual dos direitos, fato que justifica a promoção de sua defesa pela via coletiva.¹⁵²

É o caso da pretensão jurídica dos consumidores à reparação dos danos sofridos por conta da compra de um determinado produto, cujo rótulo declarava uma quantidade superior àquela que efetivamente se encontrava na embalagem. Conquanto seja divisível o bem jurídico envolvido, sendo possível identificar o seu titular e individualizar o valor da indenização a que cada consumidor tem direito, o montante seria tão ínfimo que nenhum dos lesionados o postularia pela via individual – embora pudesse, sob o ponto de vista jurídico, fazê-lo.

Portanto, os direitos individuais homogêneos são, essencialmente, individuais. No plano jurídico abstrato, nada obstaría que fossem reivindicados por meio dos esquemas jurisdicionais tradicionais, dada a divisibilidade do seu objeto, isto é, do bem jurídico que requer proteção. Mas na realidade, a sua postulação por ação individual apresenta-se inviável na prática. A necessidade de tutela coletiva dessa espécie de direitos – não de qualquer pretensão jurídica individual, mas apenas daquelas classificadas como homogêneas – deriva, pois, da situação peculiar a que está submetida.

O que autoriza a sua defesa *coletiva* em juízo é a característica da *homogeneidade*, que consiste na existência de uma pluralidade de pretensões jurídicas individualizáveis oriundas de um mesmo fato ou de fatos iguais. É em virtude dessa origem comum, a qual levaria diversos titulares de direitos individuais a mover ações isoladas semelhantes perante o Judiciário, que o ordenamento

¹⁵² ARENHART, *Perfis da tutela...* op. cit., p. 139-140.

jurídico permite que a sua postulação judicial seja realizada coletivamente, por entes aos quais o sistema normativo confere especial legitimidade. Enquanto os direitos transindividuais são marcados por uma *pluralidade* de sujeitos a eles vinculados e por uma *unicidade* no seu objeto, os direitos individuais homogêneos, embora dotados também de uma *multiplicidade* de titulares, protegem bens jurídicos *divisíveis*, passíveis de decomposição em unidades distintas, cada qual titularizada por um sujeito individual. Eles são reunidos em uma mesma demanda de caráter coletivo somente por questões de segurança jurídica (evitar o risco de decisões conflitantes a propósito da mesma questão), economia processual (impedir uma multiplicidade de processos com idêntico objeto) e facilitação do acesso à justiça (casos em que as lesões são economicamente ínfimas).¹⁵³

O requisito da *homogeneidade* nada tem a ver com os titulares dos direitos. Não são eles que devem se apresentar em um grupo homogêneo. Tal atributo diz respeito à origem das pretensões jurídicas individuais que estão sendo reivindicadas coletivamente. O fato que rendeu ensejo à pretensão jurídica é que deve ser comum, homogêneo.¹⁵⁴ Apenas para dar alguns exemplos, é o que ocorre com: (i) o derramamento de óleo em um rio, que ocasionará lesões à população ribeirinha; (ii) a omissão na correção monetária de benefícios previdenciários, que gera redução desproporcional do poder aquisitivo de aposentados e pensionistas; (iii) a criação de um tributo de forma inconstitucional, que implicará subtração indevida do patrimônio dos contribuintes; (iv) um vício no serviço público de tratamento e abastecimento de água, que afetará a saúde de diversos usuários.

Os direitos individuais homogêneos são considerados apenas artificialmente ou acidentalmente indivisíveis para fins de sua proteção judicial, porque sua postulação pela via individual convencional seria inviável, pelos motivos já expostos. Logo, ainda que a lesão tenha decorrido de uma origem comum, os seus

¹⁵³ ZAVASCKI, *Processo coletivo...* op. cit., p. 34-35.

¹⁵⁴ VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 73.

efeitos se manifestarão de forma diferenciada, com maior ou menor intensidade sobre cada situação individual. Assim, por uma ficção criada pelo legislador para possibilitar a sua adequada tutela, a pretensão à responsabilização civil do agente transgressor dos bens jurídicos individuais é considerada indivisível, e realizada mediante uma *condenação genérica* (art. 95 do CDC), em uma fase cognitiva preliminar do processo. Somente em um segundo momento, quando serão promovidas individualmente a liquidação e a execução da sentença condenatória geral, é que se poderá perceber a divisibilidade das pretensões jurídicas de cada titular do direito individual ofendido. Cada um deverá comprovar os danos singularmente experimentados e o nexo causal, o que demonstra a divisibilidade natural dos bens jurídicos lesionados por um mesmo fato ou por fatos iguais, praticados pelo sujeito condenado na demanda coletiva.¹⁵⁵

A respeito dessa espécie de direitos, é preciso apontar que havia se formado, alguns anos atrás, forte corrente nos Tribunais Superiores posicionando-se no sentido de que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos se restringiria às relações de consumo. A proteção de outros direitos individuais, ainda que decorrentes de origem comum, não seria admitida por essa via.¹⁵⁶

¹⁵⁵ VENTURI, *Idem*, p. 68.

¹⁵⁶ Observem-se trechos dos seguintes acórdãos: “1. A Ação Civil Pública não se presta como meio adequado à declaração da ilegalidade de Leis Municipais, referente, *in casu*, à cobrança da chamada ‘cota voluntária’ nas contas de energia elétrica, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do art. 21, da Lei nº 7.347/85, a autorizar o uso da referida ação. 2. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 506.000/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 05.06.2003. DJ 08.09.2003); “I - Evidencia-se a ilegitimidade *ad causam* para propor ação civil pública visando a revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário, por se tratar de direito

Esse posicionamento logicamente contraria a literalidade da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que em seus arts. 21 e 90, respectivamente, implantam um sistema de incidência recíproca de suas disposições, tornando-as um conjunto normativo harmônico aplicável a qualquer espécie de ação destinada à tutela coletiva de direitos individuais ou transindividuais. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça alterou sua orientação, consignando em seus últimos julgados a admissibilidade da reivindicação coletivizada de direitos individuais homogêneos que não versam sobre Direito do Consumidor pelo Ministério Público,¹⁵⁷ pela Defensoria Pública¹⁵⁸ e por entidades associativas.¹⁵⁹

individual disponível. II - Ademais, as relações jurídicas entre a instituição previdenciária e os beneficiários do regime de Previdência Social não são relações de consumo, sendo, portanto, impossível cogitar-se da hipótese do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que trata dos direitos individuais homogêneos. Precedentes.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 448.647/PR. Relator Min. Paulo Medina. Sexta Turma. Julgado em 03.03.2005. DJ 18/04/2005); “é certo que, tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular, bem como não sendo relação de consumo, o Ministério Público não detém legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública em defesa de tal direito” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos em Recurso Especial nº 441.815/SC. Relatora Min. Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 22.08.2007. DJ 10/09/2007). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 04.05.2004. DJ 28.05.2004.

¹⁵⁷ “É cabível o ajuizamento de ação civil pública, pelo *Parquet*, para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, ainda que não envolvam relação de consumo e não sejam indisponíveis, desde que demonstrada a presença de interesse social relevante”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 946.533/PR. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 10.05.2011. DJe 13.06.2011.

Mas a resistência em aceitar a defesa coletivizada de direitos individuais de origem comum para além das relações consumeristas, especialmente quando o sujeito obrigado é o Poder Público, não se limitou ao âmbito jurisprudencial. Ela logrou alcançar, em determinadas matérias, expressa proibição no plano legislativo. Foi o que ocorreu em função da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que inseriu o parágrafo único no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública vedando a tutela judicial coletiva de pretensões que envolvam tributos e contribuições previdenciárias.

¹⁵⁸ “O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, pois sua legitimidade *ad causam*, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 126.411-6/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 18.10.2011. DJe 13.04.2012.

¹⁵⁹ “1. Esta Corte posicionava-se no sentido de que, para que houvesse a proposição da ação civil pública, mister estivesse a questão inserida no contexto do art. 1º, da Lei n. 7.347/85. Tal artigo deveria, ainda, ser analisado juntamente com o artigo 81 da Lei n. 8.078/90, ou Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC. Entendia-se, portanto, que o cabimento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos se restringia àqueles direitos que evoluíam relação de consumo. 2. A jurisprudência atual, contudo, entende que, o artigo 21 da Lei n. 7.347/85, com redação dada pela Lei n. 8.078/90, ampliou o alcance da ação civil pública também para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos não relacionados às relações de consumo. 3. Deve, portanto, ser reconhecida a legitimidade do sindicato recorrente para propor a presente ação em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 119.961-1/RS. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 19.10.2010. DJe 28.10.2010.

Tal determinação legal é flagrantemente inconstitucional, pois menoscaba drástica e injustificadamente o direito fundamental à tutela judicial efetiva (art. 5º, XXXV, CF). De um lado, porque exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão a direitos, já que seria irrazoável supor que cada titular do direito violado proporia ação individual para reaver valores relativamente pequenos, em face dos já pontuados obstáculos inerentes ao acesso à justiça no Brasil. Com isso, a Administração se locupleta indevidamente, mercê de inquestionável enriquecimento sem causa,¹⁶⁰ às custas dos inúmeros cidadãos vilipendiados por inconstitucionais normas legislativas e administrativas de ordem previdenciária e tributária, que não raras vezes transgridem justamente os direitos fundamentais da pessoa. De outro lado porque, se minimamente significativa a monta dos prejuízos individuais experimentados, a vedação ao recurso da tutela coletiva implica desprezo aos princípios da eficiência na administração da justiça e da razoável duração do processo, haja vista o potencial abarrotamento do Judiciário com a propositura de incontáveis demandas singulares a propósito de idêntico objeto, além de malferir o princípio da segurança das relações jurídicas, por conta do risco de provimentos judiciais contraditórios.¹⁶¹ A disposição incluída pela aludida medida provisória teve, pois, o condão de retirar a

¹⁶⁰ Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, o enriquecimento sem causa “é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea”. Após afirmar a plena aplicabilidade desse princípio no âmbito do Direito Administrativo, explica o autor que “para evitar situações nas quais um dado sujeito vem a obter locupletamento à custa do patrimônio alheio, sem que exista um suporte jurídico prestante para respaldar tal efeito, é que, universalmente, se acolhe o princípio jurídico segundo o qual *tem-se de proscrever o enriquecimento sem causa* e, conseqüentemente, desabona-se interpretação que favoreça este resultado injusto, abominado pela consciência dos povos”. MELLO, C. A. B. de., “O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo”. (C. a. B. de Mello) em, *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2009, p. 318.

¹⁶¹ VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 82.

possibilidade de um controle jurisdicional efetivo “de toda sorte de ilegalidades e abusos perpetrados pela conhecida volúpia arrecadadora das Fazendas Públicas Federal Estaduais e Municipais”.¹⁶²

2. Crítica da classificação tradicional brasileira em matéria de direitos fundamentais: todos eles ostentam dupla dimensão (individual e transindividual)

A exposição da sistemática processual brasileira de tutela judicial individual e coletiva teve o propósito de permitir, neste momento, uma problematização acerca das possíveis (e mais adequadas) formas de proteção dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública. O que se pretende aqui é apreciar, do ponto de vista do Direito Processual Civil: (a) se é necessário o enquadramento da pretensão jusfundamental no conceito de direito subjetivo individual para autorizar sua reivindicação jurisdicional; e (b) se é possível classificar, em termos genéricos, um direito fundamental social em alguma das definições legais de direito individual, difuso, coletivo ou individual homogêneo.

(a) A resposta à primeira indagação já foi alinhavada anteriormente, e merece nesta oportunidade ser reiterada em face das demonstrações recentemente exibidas (4.1.) a respeito dos diversos mecanismos processuais existentes no Direito brasileiro, que admitem tanto a tutela jurisdicional de pretensões individuais quanto transindividuais. Repisa-se, nesse sentido, a crítica já tecida antes: é equivocada a associação comumente realizada entre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e a noção de direito subjetivo individual.¹⁶³

¹⁶² VENTURI, *Idem*, p. 83.

¹⁶³ Em linha aparentemente distinta daquela que aqui se advoga, Jorge Reis Novais afirma que um direito fundamental só se revelará como direito subjetivo em sua plenitude “quando o particular tem a faculdade de poder accionar a respectiva concretização em termos de prossecução de um interesse próprio, autónomo e individualizado”. NOVAIS, *As restrições...* op. cit., p. 102.

Quando se diz que determinada pretensão jurídica integra a perspectiva subjetiva de um direito fundamental, isso significa que ela é *exigível* administrativa e judicialmente, por conta da existência de uma relação jurídica passível de ser deduzida do Direito positivo, com a identificação das partes obrigadas e da prestação positiva ou negativa a ser cumprida por uma delas. A titularidade dessa pretensão, dotada de caráter subjetivo, poderá ser individual, coletiva, difusa ou individual homogênea. É possível, pois, que a sua reivindicação se dê ou pelo modelo tradicional de processo individual, ou pela sistemática processual coletiva, a depender das peculiaridades de que esteja revestida a posição subjetiva em questão.

É desnecessário recorrer à figura do direito subjetivo original do Direito Privado, ou à sua equivalente juspublicista – o direito público subjetivo – para invocar a proteção jurisdicional das multifárias pretensões jurídicas emanadas dos direitos fundamentais. Sejam elas individuais, coletivas ou difusas, sejam derivadas de sua dimensão subjetiva ou objetiva, sejam voltadas à função de defesa, prestação fática, prestação normativa de proteção, de organização ou de procedimento: todas elas poderão ser objeto de reivindicação tutelar perante os Poderes Públicos, ainda que mediante instrumentos distintos, legitimados ativos diversos, com graus de exigibilidade diferenciados e com pressupostos variados para autorização de sua sindicabilidade. Mas o fato é que, sob o prisma constitucional, inexistente discriminação entre a tutela jurisdicional de *interesses* resguardados pela ordem jurídica – quaisquer que sejam – e a proteção judicial de *direitos subjetivos*.¹⁶⁴

Impõe-se a aceitação de que é possível, inclusive, ressubjetivizar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em determinadas circunstâncias, quando os deveres objetivos por eles expendidos ao Estado não forem cumpridos satisfatoriamente, ensejando uma proteção insuficiente que se apresente como omissão

¹⁶⁴ É a posição de VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 48.

desproporcional.¹⁶⁵ Tais situações se subordinarão, em geral, ao sistema de tutela processual coletiva, por envolverem pretensões jurídicas que ultrapassam sujeitos individualmente determinados. Nesses casos, será imprescindível abandonar a insistência em sujeitar as hipóteses caracterizadas pela transindividualidade – isto é, aquelas que dizem respeito a bens jurídicos indivisíveis e, portanto, insuscetíveis de serem associados a um titular individual – aos mesmos esquemas processuais construídos para corresponder à garantia dos interesses do indivíduo, e não das necessidades da comunidade na qual ele se insere.¹⁶⁶

Não há como proporcionar verdadeira defesa dos direitos fundamentais sociais, nos moldes complexos e multifários em que são incorporados pelas Constituições dos Estados Democráticos contemporâneos, se a racionalidade que embasa a sua tutela se fundar em uma lógica superada. A resistência doutrinária e jurisprudencial de se afastar de uma vez por todas dos dogmas liberais do século XIX, responsáveis pela fixação de um regime processual subjetivista e individualista que já não responde mais, de forma integral, às demandas atuais do Direito substancial, revela-se como inobjetável obstáculo ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil, entre os quais se encontra a promoção do desenvolvimento nacional.

(b) O segundo assunto que merece especial relevo e redobrada atenção consiste na dúvida em relação ao enquadramento dogmático dos direitos fundamentais sociais nas fórmulas conceituais do Direito Processual Civil. E para fornecer uma resposta a essa temática, dois fatores devem ser considerados: (b.1.) a distinção entre *direitos fundamentais* e *pretensões jurídicas jusfundamentais*;¹⁶⁷ (b.2.) a *impropriedade de uma classificação rígida* das pretensões jusfundamentais em uma única categoria de

¹⁶⁵ Sobre o tema, ver: FREITAS, J., “Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade” *Interesse Público*, núm. 78, 2013, mar./abr., p. 15-27.

¹⁶⁶ VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 31.

¹⁶⁷ A diferenciação foi apresentada de forma mais detida no item 2.

titularidade de direitos, entre aquelas descritas pelo legislador pátrio, por ser muitas vezes tênue a linha que as separa.

(b.1.) Tornou-se algo convencional, no Brasil e demais sistemas jurídicos, referir-se a *direitos* coletivos e a *direitos* difusos, seja pela terminologia adotada na lei brasileira ao definir quais são as espécies de *direitos* passíveis de proteção judicial coletiva, seja pela propagação dessa nomenclatura pela doutrina e jurisprudência. Tal alusão, no entanto, é empregada na maior parte das vezes de forma equivocada. Isso porque em geral não é o *direito* que será individual, coletivo ou difuso, mas sim a *pretensão jurídica* invocada naquela situação determinada. Um mesmo direito – e isso ocorre de modo particularmente acentuado com os fundamentais – pode veicular inúmeras *pretensões jurídicas distintas*. E as titularidades dessas diferentes pretensões, vinculadas a um mesmo direito, podem ser individuais, coletivas ou difusas. Daí porque tratar-se de um grave – e extremamente comum – equívoco classificar, *v.g.*, o meio-ambiente como um *direito* difuso ou a proteção do consumidor como um *direito* coletivo, como costuma ocorrer na literatura jurídica destinada ao estudo dessa temática.¹⁶⁸ Cada um desses direitos pode englobar, simultaneamente, posições jurídicas titularizadas: (i) por um único indivíduo; (ii) por grupos, classes e

¹⁶⁸ Observe-se, a título de exemplo, que em passagem da obra de Rodolfo de Camargo Mancuso o autor classifica como *difusos* os direitos ao ensino primário gratuito (art. 208, I) e à assistência à maternidade, infância e adolescência (art. 203, I e II), colocando-os ao lado da função social da propriedade (art. 170, III), da proteção ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 216, e §1º) (MANCUSO, *Interesses difusos...* op. cit., p. 117). Uma leitura desavisada do trecho pode conduzir à conclusão de que os direitos ao ensino primário gratuito e à assistência à maternidade não podem ser reivindicados individualmente, quando na realidade muitas vezes o poderão. Logicamente que se tratam de direitos que também veiculam pretensões difusas, ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. No entanto, grande parte das vezes já se configuram como pretensões individuais, que não reclamariam prestações estatais universalizantes, porque a depender do nível da omissão parcelas delas poderiam ser exigidas desde logo pela via individual.

categorias determinadas (ou determináveis); ou (iii) por toda a coletividade indistintamente considerada.

Logicamente que, por uma questão de facilidade e praticidade, seria rigorismo demasiado exigir o uso da expressão “pretensão jurídica” todas as vezes que fosse necessário aludir a um bem jurídico resguardado pelo sistema normativo cuja titularidade fosse atribuída a um indivíduo, a um grupo ou a toda a coletividade. É mais fácil referir-se, genericamente, a um “direito”. Assim, embora seja comum que tais expressões – “direitos” e “pretensões jurídicas” – sejam manejadas indistintamente, a ressalva é fundamental para os momentos em que o objeto da discussão for a sua tutela judicial ou administrativa. Aí será crucial retomar a terminologia adequada sob o prisma técnico-jurídico, por ser exatamente esse ponto a causa das confusões a propósito da exigibilidade administrativa e judicial dos direitos fundamentais sociais.

Tratando-se, por exemplo, da posição jurídica em que o art. 208, I da Constituição Federal investe o cidadão, é mais ágil referir-se ao “direito à educação básica” do que à “pretensão jurídica de acesso ao serviço público de educação básica”. No entanto, tecnicamente, o “direito à educação básica” envolve em seu conteúdo uma série de outras pretensões jurídicas tuteladas por essa locução, deduzidas implicitamente do sistema constitucional ou explicitamente de outras disposições normativas, não se esgotando apenas no acesso a esse serviço público. De fato, a ausência de vaga em um estabelecimento estatal que importe negativa de acesso a tal serviço a um cidadão determinado gera, em seu favor, uma posição jusfundamental individual. Mas outras pretensões, que podem assumir feições transindividuais, decorrem desse mesmo direito fundamental: a gratuidade da prestação (art. 206, IV, CF), o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), a garantia de um padrão de qualidade (art. 206, VII, CF), entre tantos outros. O descumprimento de tais deveres constitucionais pela Administração Pública poderá demandar a propositura de ações coletivas, e ainda assim se tratará do “direito fundamental à educação básica”. Vê-se, com o exemplo, que um

mesmo direito fundamental social (em sentido amplo) ostenta concomitantemente titularidade individual e transindividual.

Por isso, afirmações taxativas de que este ou aquele direito social é individual, coletivo, ou difuso se mostram inexatas se estiverem levando em conta o direito fundamental em sentido amplo e num plano abstrato. Cuida-se de um erro metodológico comum em que não raro incorrem a doutrina e a jurisprudência. O mais adequado critério para classificar a titularidade de um direito fundamental é a espécie de pretensão material e o tipo de tutela que se busca no momento concreto da sua reivindicação.¹⁶⁹

Essa ausência de precisão na identificação da natureza da pretensão jurídica que se está a deduzir em juízo é um dos maiores problemas em matéria de proteção judicial de direitos fundamentais sociais. É crucial, para que não haja confusões e equívocos na tutela desses direitos, a percepção apropriada da exata posição jurídica que se procura tutelar pela via jurisdicional.¹⁷⁰ Só assim é possível eleger, em conformidade com o ordenamento jurídico e com as sistemáticas individual e coletiva de tutela processual do direito material, quais são os meios, procedimentos e mecanismos próprios para atender integralmente às necessidades da pretensão postulada.

As confusões mencionadas se originam no momento da transposição da situação conflitiva do âmbito do Direito material para a esfera processual, especialmente no tocante à escolha do instrumento de tutela (se individual ou coletiva) e na elaboração do pleito da decisão judicial.¹⁷¹ Bens jurídicos indivisíveis – e,

¹⁶⁹ Nesse sentido é o alerta de NERY JÚNIOR, N., “Título VI, Disposições finais” (A. P. Grinover *et al.*) em. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 922.

¹⁷⁰ ZAVASCKI, *Processo coletivo...* op. cit., p. 33.

¹⁷¹ Denunciando, de forma geral, a existência de um sério problema no momento de transposição dos conflitos de interesses do plano extraprocessual para a sede processual, inclusive identificando-o como uma das causas expressivas de equívocos em matéria de tutela jurisdicional: WATANABE, K., “Título III, Da defesa do consumidor

portanto, ligados a pretensões coletivas – são muitas vezes postulados individualmente pela via processual. Em decorrência de sua *indivisibilidade*, esses bens jusfundamentais transindividuais devem ser, necessariamente, tutelados por instrumentos processuais coletivos, “constituindo verdadeira *heresia* seu tratamento processual cindido, parcial, ou, pior, diversificado”.¹⁷² Lamentavelmente, é o que tem ocorrido no campo dos direitos fundamentais sociais: ignora-se a natureza da pretensão jurídica em jogo (se individual ou coletiva *lato sensu*) para negar ora a tutela coletiva, ora a individual.

O pedido de proteção jurisdicional coletiva é, muitas vezes, rejeitado sob o argumento de que se trata de um “direito individual”, quando na realidade se cuida de uma pretensão genérica transindividual que, uma vez satisfeita, possibilitará em um segundo momento a sua proteção individual. Exemplo disso se passou em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Ribeirão Preto, na qual se pleiteou a tutela de direito individual indisponível de uma pessoa hipossuficiente economicamente e portadora de paraplegia flácida.¹⁷³ O juízo de primeiro grau, julgando procedente a demanda, condenou a Municipalidade a garantir à usuária de cadeira de rodas o benefício de um transporte especial (“leva e traz – adaptado”, por meio de *vans*). A Procuradoria de Justiça postulou que, em sede de reexame necessário, o Tribunal de Justiça estendesse *ultra partes* os efeitos da decisão, nos termos do art. 103, II do CDC, para aproveitar a todos os demais cidadãos com deficiência de locomoção que necessitassem do serviço. A Câmara negou o pedido em votação unânime, alegando no acórdão, dentre outros motivos, que a ação proposta “não

em juízo, Capítulo I, Disposições gerais” (A. P. Grinover *et al.*) em, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 751.

¹⁷² VENTURI, *Processo civil coletivo*... op. cit., p. 55.

¹⁷³ O art. 127 da Constituição Federal brasileira confere expressamente ao Ministério Público competência para a defesa de interesses individuais *indisponíveis*.

tutela interesses coletivos ou individuais homogêneos, mas o de uma única pessoa, diante das condições especialíssimas em que se encontrava (...) Interesse heterogêneo, em outras palavras, que não dá azo ao acolhimento da pretensão do *parquet* de segundo grau”.¹⁷⁴ Ainda que o Ministério Público tenha deixado de formular o pedido na inicial, não poderia a questão ser resolvida em grau de apelação/reexame necessário, atendendo-se ao pleito da Procuradoria de Justiça? Tratava-se mesmo de direito individual? E as pessoas deficientes com dificuldade de locomoção que moram na mesma rua ou no mesmo bairro da cidadã beneficiada pela decisão? Deverão ficar desatendidas? Somente ela deverá ter acesso ao transporte especial? Ao que tudo indica, a resposta mais ajustada ao ordenamento constitucional era dar uma solução coletiva à situação, nos termos propostos pelo Ministério Público.

Outras vezes, refuta-se o pleito individual com o argumento de que a pretensão reclama atuação administrativa voltada à realização coletiva do direito, em casos nos quais se trata, simplesmente, de políticas sociais e econômicas já existentes, em pleno funcionamento, mas que por questões circunstanciais foram insuficientes para atender àquele indivíduo em especial. Casos estes que, de fato, poderiam ser solucionados pela via individual, com uma condenação tópica e isolada da Administração Pública,

¹⁷⁴ Confira-se a ementa da decisão: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA voltada à prestação de serviço público em prol de deficiente físico. 1. O Ministério Público detém legitimidade ativa para propositura da ação em defesa de direito individual indisponível, diante do que estabelece o art. 127 da CR; anotados precedentes do STJ e do STF nesse sentido. (...) 3. Não suscitado e incabível reexame necessário, não cabe alargar os efeitos da coisa julgada segundo autorizado pelo art. 103, II, do CDC. A ação, ademais, não tutela interesses homogêneos - hipótese de incidência da regra, mas individual heterogêneo, a par de não haver sido formulado pedido nesse sentido pelo autor. 4. Ação julgada procedente. Sentença confirmada. Recurso não provido”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão nº 862.676-5/9. Sétima Câmara de Direito Público. Relator Des. Coimbra Schmidt. Julgado em 30.03.2009.

destinada à resolução daquela situação específica ocasionada pela falta de alcance de uma política ou serviço público já desenvolvida(o) de forma eficiente.

É preciso pontuar que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, como visto, adiciona a todos eles uma titularidade transindividual. Isso porque, o cumprimento pelo Estado das obrigações que derivam dessa dimensão enseja uma pretensão jusfundamental de natureza difusa, que interessa a uma série indeterminada de cidadãos. A construção de uma escola, por exemplo, ou de um hospital público. A implementação de uma política de financiamento imobiliário, com a abertura de linhas de crédito mais acessíveis voltadas à aquisição de casas populares. A criação de um benefício assistencial ou previdenciário contra determinado risco social. Num momento prévio, anterior à sua realização pelo Estado, a aspiração à concretização da faceta objetiva do direito fundamental social em questão – educação, saúde, moradia, assistência ou previdência social – ostentará caráter difuso. Após o cumprimento desse dever geral, quando a ação legislativa e/ou administrativa já tiver sido levada a efeito – *v.g.*, criação de normas procedimentais e de estruturas organizativas, implementação de serviços públicos e de políticas sociais – será possível individualizar as parcelas de prestações estatais titularizadas por cada cidadão em concreto, possibilitando então a sua fruição individual.

(b.2.) A relutância quanto à aceitação da defesa judicial coletiva de direitos – sejam eles fundamentais ou não – tem como uma de suas causas aquilo que Elton Venturi chamou de *penumbra conceitual* que assola os direitos supraindividuais. O autor denuncia que, nada obstante o esforço teórico da doutrina e mesmo do legislador brasileiro em estabelecer definições técnicas precisas para as espécies de direitos sujeitos à sistemática processual coletiva, é significativa a “a confusão gerada pela incompreensão de tais categoriais”, o que acaba conduzindo à inefetividade desse sistema de tutela jurisdicional de direitos.¹⁷⁵

¹⁷⁵ VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 84-85.

A tentativa empreendida pelo legislador nacional de estabelecer uma tipologia dos direitos passíveis de proteção pela via coletiva, com base em traços específicos que seriam peculiares a cada uma das diferentes espécies, acaba conduzindo a padronizações prejudiciais à adequada tutela das pretensões jurídicas. Isso resulta da corrente dificuldade de encaixar algumas delas nos termos precisos da conceituação legal de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos.¹⁷⁶ E a consequência lógica acaba sendo a inadmissibilidade da demanda por suposta ausência de compatibilidade do direito pleiteado com os exatos contornos da categoria prevista pela lei.

Portanto, ainda que sejam consideradas claramente compreensíveis as modalidades de direitos delineadas pelo Código de Defesa do Consumidor, estas não podem significar um atrelamento da tutela judicial “a um rígido enquadramento das pretensões deduzidas em juízo aos esboços conceituais formulados pelo legislador brasileiro”.¹⁷⁷ Em outras palavras: há hipóteses que não se encaixarão perfeitamente nas etiquetas legalmente designadas de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, e nem por isso se poderá refutar a reivindicação jurisdicional da pretensão em jogo por meio das ações coletivas.

As definições e conceituações jurídicas, forjadas em um plano abstrato e estático, não estão sempre aptas a apreender todas as possíveis situações existentes na dinâmica da realidade fática. Isso faz com que as peculiaridades do caso concreto possam vir a torná-lo insuscetível de classificação perfeitamente ajustada aos moldes previamente concebidos pela norma legal, mas ainda assim estar a merecer tutela judicial coletiva. Nem sempre os fatos reais, ocorridos naturalmente, serão capazes de vestir comodamente tais roupagens jurídicas, artificialmente tecidas. Referindo-se à tipologia de interesses transindividuais, José Carlos Barbosa Moreira alerta não ser possível ignorar “que na realidade objetiva a

¹⁷⁶ Advertência assinalada por ZAVASCKI, *Processo coletivo...* op. cit., p. 38.

¹⁷⁷ VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 44.

passagem de um a outro se faz, com frequência, por graus insensíveis, e que a riqueza policrômica das situações da vida em sociedade não se deixa aprisionar num espectro intencionalmente esquemático”.¹⁷⁸ Assim, é plenamente admissível, por exemplo, que se apresentem determinados direitos suscetíveis de encaixe simultâneo na categoria de direitos difusos e individuais homogêneos, por conta da cumulatividade das pretensões jurídicas a eles ligados, cuja proteção reclama concomitantemente técnicas de tutela coletiva previstas para ambas as modalidades de direitos.

É o que ocorre, *n.g.*, com o direito dos usuários do serviço público de transporte coletivo urbano à segurança na sua prestação.¹⁷⁹ Antes da ocorrência de qualquer evento lesivo, a pretensão jurídica à prestação de um serviço seguro se configura como transindividual: seria classificada como um direito *difuso*, diante da sua indivisibilidade, passível de proteção mediante uma tutela preventiva, no caso de utilização de uma frota de ônibus em condições temerárias pela empresa concessionária. No entanto, num momento posterior, um acidente decorrente do estado precário de um determinado veículo implicará violação do direito previsto e danos aos usuários do transporte, gerando pretensões jurídico-subjetivas divisíveis e individualizáveis à reparação dos prejuízos causados. Estas últimas se apresentariam como direitos *individuais homogêneos*, merecedores de uma tutela ressarcitória. Cabe cogitar, ainda, de uma demanda que cumule as duas espécies de direitos e de tutelas: a continuidade do emprego da frota deteriorada pela prestadora exigirá, simultaneamente, um

¹⁷⁸ MOREIRA, J. C. B., “A ação popular no Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”” *Revista de Processo*, núm. 28, 1982, out./dez., p. 7-19.

¹⁷⁹ Lei de Concessões de Serviço Público (Lei nº 8.987/95): “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de *serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários*, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, *segurança*, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (grifou-se).

provimento que determine a cessação do serviço (direito *difuso*, que beneficiará uma coletividade indeterminada sujeita à sua utilização), e uma decisão que condene a delegatária à reparação dos danos sofridos pelos usuários (direitos *individuais homogêneos*, suscetíveis de individualização para cada titular). O mesmo se poderia dizer no tocante a diversos outros serviços públicos imprescindíveis à satisfação de direitos fundamentais sociais, como os de saúde, distribuição de energia elétrica, tratamento e abastecimento de água, etc.

Portanto, mais relevante do que tentar identificar em qual espécie o direito se encaixa é verificar se a pretensão deduzida admite uma tutela pela via coletiva.¹⁸⁰ Em matéria de direitos fundamentais sociais, o que importa é identificar se a situação fática carente de proteção pela via judicial pode ser tutelada pelos moldes individuais tradicionais, regidos em geral pelo Código de Processo Civil e resultando em uma decisão dotada de efeitos *inter partes*, ou se, diante das características da pretensão deduzida, impõe-se o seu processamento pelo sistema de tutela coletiva. Neste último caso, é irrelevante a tentativa de enquadrar o direito em alguma das formas criadas pelo legislador, sendo suficiente a aceitação de que, havendo sentença procedente, sua eficácia será extensível contra todos os possíveis afetados pelo direito em questão. Dela poderão se beneficiar: (i) as pessoas atingidas pela lesão ao direito postulado em juízo, quando houver danos pessoais passíveis de demonstração; (ii) o grupo, classe ou categoria que ostente vinculação direta com o direito objeto da ação; ou (iii) uma coletividade indeterminada, que por circunstâncias fáticas tenha sido afetada pela lesão do direito em apreço.¹⁸¹

¹⁸⁰ Nessa linha, sublinha Elton Venturi: “o que importa, efetivamente, é a verificação da conjugação entre a presunção de legitimação (*ex lege*) da entidade autora e a verificação do interesse em se obter, concentrada e indivisivelmente, resposta jurisdicional a pretensões processuais transindividuais (...), para fins de viabilização da tutela coletiva”. VENTURI, *Processo civil coletivo*... op. cit., p. 92.

¹⁸¹ VENTURI, *Processo civil coletivo*... op. cit., p. 93.

No sistema processual brasileiro, a lei empresta à coisa julgada nas demandas coletivas um regime que admite essa extensão dos efeitos das sentenças de procedência, permitindo que sejam aproveitados pela sociedade genericamente considerada (direitos difusos), pelo grupo, classe ou categoria (direitos coletivos) ou pelas vítimas e sucessores (direitos individuais homogêneos). Com isso, a rotulação legal de cada uma dessas espécies de direitos não pode ser erigida como um óbice para a sua adequada tutela por instrumentos processuais coletivos, já que a proteção de uma delas pode, com frequência, aproveitar às demais modalidades de pretensões jurídicas.¹⁸² Em tais situações, cabe ao intérprete adequar os procedimentos e técnicas processuais às circunstâncias do caso concreto, sem deixar qualquer dimensão do direito em questão carente de proteção judicial.

É inadmissível, pois, um apego excessivo e rigoroso à classificação legal das categorias de direitos sujeitos ao sistema de defesa judicial coletiva, haja vista a existência de uma linha tênue entre elas.¹⁸³ A afirmação pode ser verificada pelo fato de que o próprio legislador autorizou que, num mesmo procedimento, as sentenças de procedência prolatadas em ações envolvendo direitos difusos e direitos coletivos sejam utilizadas para beneficiar titulares de direitos individuais homogêneos (art. 103, §3º do CDC).¹⁸⁴ Estes poderão lançar mão das decisões, tal como se fosse a condenação

¹⁸² VENTURI, *Idem*, p. 87-88.

¹⁸³ Manifestando-se pela desnecessidade de uma tipificação legal de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por considerar que bastaria que a lei conferisse a determinadas pessoas, em certas circunstâncias, a legitimação para propor a ação e uma extensão ampla dos efeitos da coisa julgada: LEAL, M. F. M., *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Sergio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 196.

¹⁸⁴ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “Art. 103. (...) §3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

genérica própria da ação civil coletiva, para ingressar diretamente na fase de liquidação e execução de sentença demonstrando prejuízos pessoais por eles sofridos, que justifiquem uma individualização da indenização. Vale dizer: em uma ação coletiva vise à reparação de uma lesão de natureza difusa, os cidadãos afetados de maneira particular pelos danos causados estão legalmente autorizados a utilizar a sentença proferida com eficácia *erga omnes* para reivindicar, diretamente na fase de liquidação e execução, a reparação pelos prejuízos pessoalmente experimentados. O mesmo se diga quanto ao provimento exarado em demanda que teve por objeto a proteção de direitos individuais homogêneos: se a quantidade de indivíduos habilitados para liquidação e execução da sentença condenatória genérica for considerada incompatível com a gravidade do dano, o juiz fixará a chamada *fluid recovery*, destinando a condenação subsidiária em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (art. 100, *caput* e parágrafo único do CDC).¹⁸⁵ Conjuga-se, pois, uma tutela de pretensão difusa a uma ação destinada a salvaguardar direitos individuais homogêneos.¹⁸⁶

Assim ocorreria, por exemplo, com uma empresa que transportasse em uma via urbana um produto tóxico sem a utilização dos dispositivos de proteção necessários, descumprindo com isso normas ambientais. A conduta irregular geraria tanto uma ameaça geral à coletividade indistintamente considerada, quanto o risco concreto de danificar a saúde de moradores do bairro por onde habitualmente trafega a viatura de carga. Imagine-se que, constatando o frequente derramamento do produto nocivo ao longo do trajeto, a associação dos moradores do bairro proponha ação civil pública postulando uma determinação judicial

¹⁸⁵ Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90): “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985”.

¹⁸⁶ VENTURI, *Processo civil coletivo...* op. cit., p. 97.

de adequação do veículo transportador às regras legais de precaução, em prol do direito *coletivo stricto sensu* ao meio-ambiente saudável titularizado pelos habitantes daquela vizinhança, bem como a reparação dos danos ocasionados. Nada obstará que os efeitos da decisão, em princípio *ultra partes* e dirigidos somente à categoria de pessoas representada pela associação (moradores do bairro), fossem estendidos *erga omnes*, com a condenação da empresa ao pagamento de indenização por violação a direito *difuso*, a ser revertida ao Fundo Estadual de Proteção ao Meio-Ambiente. Também se poderia admitir, na fase de liquidação e execução de sentença, que moradores de outros bairros por onde a viatura fora conduzida se habilitassem para receber suas respectivas indenizações singularizadas, a título de direitos *individuais homogêneos*, mediante a comprovação de danos particularizados e do nexo causal. Ou seja: em uma mesma demanda coletiva, baseada em um único fato, seriam protegidos os três tipos de direitos que, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são passíveis de tutela jurisdicional molecular.

Note-se, com isso, que mesmo o direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, tradicionalmente encarado como um direito *difuso*, pode ensejar concretamente uma titularidade individual. O *caput* do art. 225 assegura a todos tal direito, que nesse ponto de fato se manifesta com roupagem de direito difuso,¹⁸⁷ ao passo que o §3º do mesmo dispositivo garante o direito à reparação dos danos causados pelos agentes que o lesionarem.¹⁸⁸ Nesse caso, logicamente que a tutela judicial postulada por violação do direito fundamental ao meio-ambiente

¹⁸⁷ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

¹⁸⁸ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 225. (...) §3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

deverá servir para ressarcir tanto os prejuízos causados difusamente a toda a coletividade, quanto os danos pessoais experimentados por cidadãos determinados, titulares de direitos individuais homogêneos.¹⁸⁹ Cuida-se de uma titularidade simultaneamente individual e transindividual.

No campo dos direitos fundamentais sociais, é extremamente comum que o atendimento a uma pretensão de natureza supraindividual acabe por beneficiar posições jurídicas individuais, não desfrutáveis antes da concretização da prestação estatal coletiva. O crucial será verificar, a cada caso, se o mais indicado é a satisfação pontual da pretensão individualizada, ou se o ideal será a determinação de uma ação administrativa coletiva que resolva, a uma só vez, as carências de múltiplos titulares de direitos fundamentais sociais que se encontram em idêntica situação.

Diante da constatação de que um mesmo direito pode ostentar simultaneamente uma titularidade individual e transindividual, a escolha pela forma adequada de tutela processual (coletiva ou individual), em cada circunstância, deverá levar em conta o elemento que se revela *preponderante* naquela situação concreta.¹⁹⁰ Mencione-se o direito fundamental de greve, por exemplo, assegurado pela Constituição aos servidores públicos¹⁹¹ e aos trabalhadores da iniciativa privada.¹⁹² Cada trabalhador detém a pretensão individual constitucionalmente protegida de fruir desse

¹⁸⁹ ZAVASCKI, *Processo coletivo...* op. cit., p. 48.

¹⁹⁰ MANCUSO, *Interesses difusos...* op. cit., p. 47.

¹⁹¹ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

¹⁹² Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

direito; porém, tais posições jurídicas serão necessariamente exercitadas de maneira *coletiva*. Por essa razão, via de regra, a tutela das questões relativas a esse direito fundamental será reivindicada mediante instrumentos coletivos.¹⁹³ Mas é possível, sob outra perspectiva, cogitar da hipótese de um trabalhador em particular ter sofrido descontos salariais indevidos decorrentes da fruição individual desse direito, como nas circunstâncias em que mediante acordo com o empregador, resultante da negociação, resolve-se a paralisação como interrupção e não como suspensão do contrato de trabalho.¹⁹⁴ Ele poderá, isoladamente, reivindicar o pagamento

¹⁹³ Como o mandado de segurança coletivo, nos termos do art. 5º, LXX, “b” da Constituição Federal e arts. 21 e 22 da Lei nº 12.016/2009. A tutela judicial poderá se dar, também, pelo mandado de injunção coletivo, quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício do direito de greve, como ocorre no caso dos servidores públicos, frente à ausência de lei específica, exigida pelo art. 37, VII da CF, que discipline os limites e termos em que será exercido esse direito. Em 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou na mesma sessão os Mandados de Injunção coletivos nºs 670-ES, 708-DF e 712-PA, relatados pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, por meio dos quais os impetrantes pleiteavam a regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis. A Corte, nos acórdãos, criou o conjunto normativo regulamentador, aplicando à hipótese a Lei nº 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada), combinada com determinadas ressalvas pertinentes ao princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, viabilizando assim o exercício do direito em comento.

¹⁹⁴ Nos casos de *interrupção* do contrato de trabalho, há uma cessação temporária da prestação dos serviços pelo trabalhador, que continua fazendo jus ao recebimento de sua remuneração. Nas hipóteses de *suspensão*, por sua vez, opera-se uma sustação bilateral do pacto laboral, ficando ambas as partes – empregador e empregado – dispensadas de cumprir com as suas obrigações contratualmente estipuladas. A greve, por força do art. 7º da Lei 7.783/89, inicia-se como causa de *suspensão* do contrato, autorizando-se em princípio os descontos salariais dos trabalhadores que aderirem ao movimento paretista; mas pode converter-se em *interrupção*, se assim for acordado por meio de negociação coletiva. Nesse último caso, o pagamento da remuneração dos trabalhadores será devido pelo empregador.

do montante que lhe foi ilicitamente subtraído. Mas se a situação tiver ocorrido com outros trabalhadores de sua categoria, nada impede que o sindicato, *coletivamente*, busque a tutela judicial dos direitos individuais homogêneos dos empregados, oriundos de uma origem comum.

O que irá demonstrar, portanto, a natureza jurídica da titularidade do direito – se individual ou transindividual – não é o próprio direito, abstratamente considerado, mas sim a *pretensão jurídica* a ele vinculada que se pretende proteger em cada situação concreta. O fator crucial para o enquadramento da pretensão em uma das espécies de direito tutelável por meio do processo coletivo é o pedido formulado. A partir dele será possível identificar o caráter do objeto da demanda.¹⁹⁵

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 2004.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

AMARAL, G., *Direitos, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

ANDRADE, J. C. V. de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

ARENHART, S. C., *Perfis da tutela inibitória coletiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

BACELLAR FILHO, R. F., “Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato” (Org. C. M. Viale) en, *Derecho Común y Derecho Administrativo: diferencias y contatos*, Lerner, Córdoba, 2009.

¹⁹⁵ MANCUSO, *Jurisdição coletiva...* op. cit., p. 71.

BARBOSA, M. G., “O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV” *Revista Jurídica*, v. 9, n. 88, dez./2007-jan./2008. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf>. Acesso em 15 jan. 2013.

BARROSO, L. R., *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Fórum, Belo Horizonte, 2012.

- *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 8ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

BERCOVICI, G., *Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese de Livre-Docência, Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2003.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BONNARD, R., “Les droits publics subjectifs des administrés” *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 49, 1932.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial núm. 448.647/PR. Relator Min. Paulo Medina. Sexta Turma. Julgado em 03.03.2005. DJ 18/04/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos em Recurso Especial núm. 441.815/SC. Relatora Min. Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 22.08.2007. DJ 10/09/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial núm. 119.961-1/RS. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 19.10.2010. DJe 28.10.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial núm. 126.411-6/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 18.10.2011. DJe 13.04.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial núm. 506.000/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 05.06.2003. DJ 08.09.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial núm. 946.533/PR. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 10.05.2011. DJe 13.06.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento núm. 382.298. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 04.05.2004. DJ 28.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental núm. 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade núm. 4.277. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2011. Divulgado em: 13.10.2011. Publicado em: 14.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção núm. 712. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25.10.2007. DJe-206 Publicado em 31.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção núm. 721. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 30.08.2007. DJU 30.11.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção núm. 788. Relator Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 08.05.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção núm. 795. Relatora Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 21.05.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão núm. 862.676-5/9. Sétima Câmara de Direito Público. Relator Des. Coimbra Schmidt. Julgado em 30.03.2009.

CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

CLÈVE, C. M., *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., RT, São Paulo, 2000.

CUNHA, A. A. M. da, “Evolução das ações coletivas no Brasil” *Revista de Processo*, núm. 77, 1995, jan./mar.

DÍEZ-PICAZO, L. Mª, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008.

DWORKIN, R., *Justice for hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 25/1981 del Tribunal Constitucional, Pleno, 14 de Julio de 1981.

FERRARI, R. M^a M. N., *Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

FERREIRA FILHO, M. G., *Direitos Humanos Fundamentais*, 14^a ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

FERREIRA, C. D.; OLIVEIRA, A. C. C. de; MACHADO, A. M^a F.; NAHOUM, A. V.; FERRÃO, B. L. de M.; CARDOSO, E. L. C.; FRANCO, L. A.; GUERRA, M. G.; BRAGA, M. A. C.; PUCCI, R. D.; BURANELLI, V. C., “O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS”. In: *Prêmio Ipea 40 anos - IPEA-CAIXA 2004: monografias premiada*, IPEA, Brasília, 2005.

FINGER, A. C., “O público e o privado na Administração Pública” (Coord. E. Guimarães) em, *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Fórum, Belo Horizonte, 2004.

FREITAS, J., “Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade” *Interesse Público*, núm. 78, 2013, mar./abr.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994.

GAVARA DE CARA, J. C., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch Editor, Barcelona, 2010.

- *La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales: el art. 10.1 CE*, Bosch Editor, Barcelona, 2011.

GIDI, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

GRINOVER, A. P., “Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos” *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 13, n. 1-2, 1984.

HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003.

- *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993.

HACHEM, D. W., “A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção” *Ac&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 9, núm. 38, 2009, out./dez.

- “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento” *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, 2013, jan./jun. 2013. Disponível em:

<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>>. Acesso em 15 ago. 2013.

- *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*, Fórum, Belo Horizonte, 2012.

HESSE, K., *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1998.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C., *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.

KRELL, A. J., *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

LAFER, C., *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, São Paulo, 1988.

LEAL, M. F. M., *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Sergio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1998.

LOPES, J. R. de L., “Em torno da “reserva do possível”” (Coords. I. W. Sarlet; L. B. Timm) em, *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

LORENZETTI, R. L., *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

MANCUSO, R. de C., *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

- *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

MÂNICA, F. B., “Saúde: um direito fundamental social individual” *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, v. 1, 2011, jul./dez.

MARTINS, M^a D'O., *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*, Almedina, Coimbra, 2007.

MEIRELLES, H. L.; WALD, A.; MENDES, G. F., *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 34^a ed., Malheiros, São Paulo, 2012.

MELLO, C. A. B. de, "O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo" (C. A. B. de Mello) em, *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2009.

MENDES, A. G. de C., *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

MODESTO, P. E. G., "Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica)" *Revista de Direito Público*, núm. 99, 1991, jul./set.

MOREIRA, J. C. B., "A ação popular no Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos" *Revista de Processo*, núm. 28, 1982, out./dez.

- "A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro" *Revista Forense*, v. 77, núm. 276, 1981, out./dez.

NERY JÚNIOR, N., "Título VI – Disposições finais" (A. P. Grinover *et al.*) *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004.

NOVAIS, J. R., "As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição" Coimbra, Coimbra, 2003.

- *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2010.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.

- *Los derechos fundamentales*, 9^a ed., Tecnos, Madrid, 2007.

PIOVESAN, F., *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, Saraiva, São Paulo, 2007.

ROUANET, S. P., *Mal-estar na modernidade: ensaios*, Companhia das Letras, São Paulo, 1993.

SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

SARMENTO, D., “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria” (Org. J. A. L. Sampaio) em, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

- *Direitos fundamentais e relações privadas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

SCAFF, F. F., “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível” (Coords. I. W. Sarlet; L. B. Timm) em, *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1927.

SILVA, V. A. da., “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais” (Coords C. P. de S. N.; D. Sarmento) em, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

TRINDADE, A. A. C., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1997.

VENTURI, E., *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*, Malheiros, São Paulo, 2007.

WATANABE, K., “Título III. Da defesa do consumidor em juízo, Capítulo I. Disposições gerais” (A. P. Grinover *et al.*) em, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2004.

ZAVASCKI, T. A., “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos” *Revista de Processo*, v. 20, n. 78, 1995, abr./jun.

- *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

EL JUEZ COMO MOTOR DEL CAMBIO Y DE INTEGRACIÓN GLOBAL

Manuel Ballbé Mallol,

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

Pilar Jiménez Tello

Profesora Asociada de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

I. EL JUEZ COMO MOTOR DEL CAMBIO Y DE INTEGRACIÓN GLOBAL

El poder judicial es uno de los tres poderes del Estado de Derecho y del sistema democrático. La palabra juez proviene del latín “Iudex”, persona con autoridad para juzgar y sentenciar.

Nos preguntamos ¿qué características deberían definir a un buen juez y qué valores debe preservar? Todos sabemos los perfiles de los que son acreedores la mayoría de los jueces: integridad, profesionalidad, independencia e imparcialidad, siendo estos los indicadores clave para evaluar la calidad y el progreso de un país. Sin embargo, a veces nos olvidamos de otros valores, procedimientos y métodos que han estado presentes a lo largo de la historia en los países más desarrollados y, que por tanto, este progreso es también debido a la innovación judicial, así como a ese proceso permanente de modernización y creatividad judicial. Todo ello ha sido fruto de un cierto activismo judicial¹, que se vislumbra como una visión permanente de cambio, de innovación en las ideas, valores y concepciones sociales que la actividad jurídica y judicial ha sabido canalizar y plasmar en un Ordenamiento Jurídico cada vez más dinámico e integrador. Estas características se observan ya a lo largo de la historia en el Sistema

¹ BECKFORD, D. S., *Power and Judicial Activism in the WTO. The Appellate Body's Interpretation of Trade Remedy Agreements*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, Germany 2008.

Judicial Norteamericano y luego han tenido una proyección que ha inspirado a los tribunales europeos que podemos observar tanto en la Corte Suprema Norteamericana como en los Tribunales Europeos (de Derechos Humanos y de Justicia)². También ha inspirado al modelo del Tribunal Judicial de la Organización Mundial del Comercio, poco conocido, pero muy efectivo en la integración global a través del Derecho y del Tribunal Penal Internacional. Todo ello puede traducirse en que se ha producido una globalización como norteamericanización —en uno de los aspectos más positivos de los EEUU que es una globalización judicial—, como proceso ineludible de la integración global, como puede verse en el artículo “El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la Europeización”³.

Uno de los principios y métodos consustanciales a este progreso a los países más desarrollados es que el proceso judicial sea también un proceso deliberativo, es decir, que asegure la participación y deliberación de todas las partes en controversia y no una mera imposición o decisión sin tener en cuenta todos los argumentos, valores y propuestas en juego. El juez y los tribunales, por tanto, aseguran unas decisiones basadas en un proceso deliberativo en sede judicial. Ante el desprestigio de la política y de los políticos, así como la transformación de los parlamentos en la toma de decisiones mecánicas y dogmáticas de la mayoría de turno, sin un debate y proceso honesto de deliberación entre la mayoría y la oposición, los tribunales se han convertido en el último refugio de la democracia participativa y deliberativa cotidiana. Respecto a este tema es importante la lectura del artículo ya clásico del profesor de la Universidad de Harvard, Abram Chayes: “The role of the judge in public law litigation”⁴.

² ALONSO, R., *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

³ BALLBÉ MALLOL, M., “El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: entre la Americanización y la Europeización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007 septiembre, pp. 215-276.

⁴ CHAYES, A., “The role of the judge in public Law litigation”, *Harvard Law Review*, 1976.

Estos valores, métodos o procedimientos son, entre otros, aseguradores de la democracia deliberativa; buscador del consenso y garantizador de los procedimientos de negociación y de conciliación previa; asegurador de un proceso integrador; el juez entendido como juez que garantice el principio de checks and balances y el juez como factor de cambio, sin perjuicio de aquéllos que se le suponen a priori, como son: ética, independencia, imparcialidad y transparencia, entre otros.

A lo largo de este artículo intentaremos mostrar la importancia del juez a lo largo de la historia, no sólo como aplicador del Derecho, sino como innovador del Derecho, mostrando algunas de las Sentencias que son claro ejemplo de estos cambios significativos e incluso históricos.

Progresivamente el juez ha ido adquiriendo más relevancia y funcionalidad por su mayor profesionalidad, imparcialidad y preparación, cada vez más extensa y profunda. La prueba de ello es su mayor reconocimiento por la sociedad, determinado en primer lugar por *las crisis y degradación de la política y de los políticos*. Esto no quiere decir que los jueces puedan o deban sustituir a los políticos, sino que los jueces deben velar y controlar que no degeneren la política y no se extienda la ineficiencia y la corrupción en las instituciones públicas y privadas. A través de la ONG Transparency International tenemos información fehaciente de la evaluación del “Índice de percepción de la corrupción” en cada Estado. En el citado Índice podemos comprobar el diferente nivel de corrupción. Los países situados en los primeros lugares son los que tienen una mayor calidad y control judicial, no sólo represivo, sino también preventivo. España en el ranking que ha elaborado la citada Organización no Gubernamental (ONG) en 2012 ha obtenido una puntuación de 6,1, la misma que en 2011, situándose en el puesto número 30 del ranking. Nuestro país desde el 2004 ha bajado en cuanto a puntuación de 7,1 a 6,1 en 2012, así como del puesto número 23 hasta el puesto número 30. Transparencia Internacional recomienda a España mayor transparencia, la elaboración de un plan anticorrupción.... y la elaboración de un código ético del diputado. Brasil, en 2012, ha mejorado en el citado ranking, pasando del puesto número 75 en

2011, al 69 en 2012. En segundo lugar, la *ineficiencia de las instituciones públicas* viene también determinada por un sectarismo partidista que impide un debate y una deliberación plural, colectiva y honesta que pueda hacer fluir nuevas ideas de la comunidad por encima de los intereses de los aparatos burocráticos de los partidos que, muchas veces, se alejan de los problemas y necesidades de la sociedad. En tercer lugar, la crisis actual también pone de manifiesto *la captura de los políticos y reguladores por grupos de interés económicos y financieros que ponen por encima sus intereses personales y egoístas en detrimento del interés general y la estabilidad financiera*. Han sido pocos, pero relevantes, los jueces que han condenado a estos trasgresores por engañar a los ciudadanos con hipotecas y productos financieros tóxicos. A modo de ejemplo podemos ver la Sentencia de la Suprema Corte de EEUU *Cuomo⁵ versus Clearing House Association*, contra los grandes Bancos de Nueva York⁶

La sentencia reconoce que los cincuenta estados pueden controlar las hipotecas depredadoras que tratan de colocar los bancos a las minorías, como los negros, hispanos y mayores, en uso de las leyes estatales de protección de los derechos civiles. En cuarto lugar, *por la incapacidad para resolver los problemas y las crisis de todo tipo*, como la que estamos sufriendo en la actualidad, que no es sólo una crisis económica financiera, como decía hace cuatro años Paul Volcker⁷, sino que viene a representar una crisis de valores, una crisis moral, una incapacidad de hacer reformas necesarias, como la de acceso a la sanidad en Estados Unidos o la limitación de armas, entre otras. La crisis económica financiera actual es causa de una previa causa jurídica, la desregulación de las leyes que se dictaron en la presidencia Roosevelt para resolver la crisis del 29. Estas leyes y

⁵ Ex Fiscal General del Estado y en la actualidad Gobernador de New York.

⁶ BALLBÉ, M., MARTÍNEZ, R., Y CABEDO, Y., *La crisis financiera causada por la desregulación del Derecho Administrativo Americano, Administración y justicia, Liber Amricoum en homenaje a Tomas Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012.

⁷ Asesor de Obama y ex presidente de la Reserva Federal de EEUU en los años 80.

los controles judiciales que existían fueron removidos y alterados en el año 2000. Han sido los ciudadanos y el activismo de la comunidad los que cada vez recurren más a la protección y el protagonismo de los jueces para reequilibrar estas deficiencias de las perversiones y corrupciones en la democracia, en lo que se denomina regulación a través de la litigación. Esto significa que se han conquistado muchos derechos a través de sentencia y no de leyes⁸. Un ejemplo de la credibilidad que los jueces ofrecen a los ciudadanos y a la sociedad en general se puede ver a través de las encuestas que en diversos países se realizan y en las que obtienen alta calificación.

No podemos obviar que nos encontramos en la era de unas relaciones internacionales cada vez más intensas, abarcando a todos los ámbitos y, por tanto, a la justicia, que tiene una proyección global, aunque hay que reconocer que de la protección de los derechos humanos y la ética avanzan a menos ritmo que la globalización económica⁹ y que, obviamente, la justicia, al tener la función de protección de los derechos humanos, es un poder controlador, de freno y de equilibrio de ese poder político y económico global. Como ya indicaba Montesquieu en el siglo XVIII, juez de la nobleza de la toga, “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiene la inclinación a abusar de él yendo hasta donde encuentra límites o frenos...”, siendo por esta causa que se haya articulado que en la separación de poderes los jueces específicamente tengan la función de freno y equilibrio de los poderes, a la vez que salvaguarden los derechos y la libertad de los ciudadanos. Por ello es consustancial a esta función de los jueces los conflictos con los grandes poderes, ya sean políticos o económicos.

En todos los países se le pide a los jueces, entre otras muchas cosas, que defiendan las libertades de los ciudadanos; que impidan

⁸ BALLBE, M., Y MARTÍNEZ, R., “Law and globalization” (Coords. J. Robalino y J. Rodríguez Arana) en, *Law Globalization*, Ed. CMP Publishing, 2010, p. 161.

⁹ *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Fundación Manuel Broseta, 2003, p. 33.

la discriminación racial y de género; que los proteja ante los abusos de los poderes públicos y privados; que aplique penas; que atenúe las diferencias sociales y económicas entre los individuos y un largo etcétera. Pero aún se le pide algo más al poder judicial, y en concreto a los jueces, que vayan más allá y que, junto con los ciudadanos y el activismo de la comunidad, se conviertan en innovadores del nuevo derecho, de un derecho cada vez más universal, creativo, pluralista e integrador que cambie progresivamente los comportamientos y las concepciones obsoletas. Tenemos un claro ejemplo de ello en EEUU durante la época de los 60 y 70, lo que se ha dado en llamar “la revolución de los derechos”, que se inició, entre otros grupos, por las mujeres¹⁰ a principios del siglo XX con la sentencia *Muller versus Oregon* (1908) que reconoció el derecho a limitar las horas de trabajo cuando perjudica a la salud y a la seguridad, al tiempo que se fue ampliando al derecho de voto de las mujeres y que progresivamente, aunque con muchos obstáculos, ya no ha tenido vuelta atrás¹¹.

Quizá es más conocida la estrategia que a través de la regulación que efectuaron los movimientos de la población de color, en cuyo ámbito encontramos una de las sentencias más innovadoras *Brown versus Board of Education*, (1954) en la que se reconoció el derecho de integración racial en las escuelas, doctrina elaborada por la Corte Warren, revocando el viejo principio discriminador de que las escuelas de los negros y los blancos estaban separadas, pero que eran iguales. Haciéndose famosa la ironía de este mal entendido principio de igualdad de que con las escuelas separadas ya se veía que había unos más iguales que otros. De los movimientos ecologistas, que promoviendo innumerables pleitos contra la contaminación, los jueces fueron reconociendo un nuevo

¹⁰ JIMÉNEZ TELLO, P., BALLBÉ MALLOL, M.; “Auditoria y evaluación como instrumento decisivo para el desarrollo global de los derechos de la mujer en el sociedad del conocimiento”, *NOMOS, Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Ceará*. vol. 30.1, 2010, jan-jul.

¹¹ BALLBE, M., Y MARTÍNEZ, R., “Law and ... op. cit.

derecho, que no sólo era de protección ambiental, sino de prevención de la seguridad y de la salud frente a los innumerables cánceres que surgían con productos como los pesticidas, entre otros. Estas sentencias provocaron la creación de nuevas Administraciones Públicas medioambiental en los años 70 y la creación de una Administración de Medio Ambiental.

La cronología de todos estos derechos puso en evidencia que estas reivindicaciones se articularon desde la calle, con el activismo ciudadano, provocando la activación de recursos y pleitos que los tribunales, afortunada y elogiosamente, han ido reconociendo y ampliando dichos nuevos derechos, donde en muchas ocasiones los parlamentos y los gobiernos han ido a remolque de estas valientes e innovadoras decisiones judiciales, es decir, a través de la Regulation through litigation (regulación a través de la litigación)¹², puesto que muchas de estas sentencias históricas han servido para que los parlamentos luego lo materialicen en una Ley. Esto significa que fueron los jueces y, más concretamente, la Corte Suprema, quienes reconocieron estos nuevos derechos que luego fueron objeto de leyes, siendo las sentencias las que reconocieron estas reivindicaciones de la comunidad y activaron una nueva jurisprudencia innovadora que incorporó una batería de nuevos derechos que hoy forman parte del patrimonio de las sociedades más avanzadas, configurando una nueva visión del estado del bienestar y una nueva sociedad, la sociedad del riesgo, orientada a prevenir y concienciar de los nuevos riesgos del derecho a la vida y a la salud, a la seguridad alimentaria, a la seguridad vial, a la protección frente a los productos cancerígenos, entre otros¹³.

Los jueces, en muchos casos, como lo es en el caso de EEUU, han ido por delante en esta renovación de cambio jurídico y de interpretación constitucional.

¹² VISCUSI, W. K. *Regulation through litigation*, Broking, 2002 B.

¹³ FERNÁNDEZ PEREIRA, J. P., *La Seguridad Humana*, Barcelona, Ariel, 2006.

El protagonismo judicial se encuentran en los principios inherentes a la naturaleza de las instituciones configuradas en la constitución Norteamericana, principios como el federalismo, el check and balances y de equilibrio de poderes y contrapoderes, así como, por primera vez, el protagonismo de los jueces y especialmente de la Corte Suprema, siendo estos una de las claves explicativas del motor del cambio y del dinamismo jurídico y judicial norteamericano¹⁴.

Un ejemplo de máxima actualidad lo tenemos en la Sentencia de la Corte Suprema Americana, *National Federation of Independent business v. Sebelius* 2010¹⁵ y, más en concreto, en la Ley de acceso a la sanidad (Affordable Care Act), que aprueba el programa de seguro de salud del Gobierno para personas de bajos ingresos y de los enfermos, a la vez que obliga a todos los ciudadanos norteamericanos que tengan ingresos a contratar un seguro privado resolviendo la deficiencia de los 50 millones de habitantes de los 300 millones de habitantes que tiene EEUU que no tenían protección de un sistema de salud. Pues bien, la Corte Suprema compuesta por cuatro magistrados progresistas y cinco magistrados conservadores han declarado constitucional la Ley de Obama, ya que el presidente de la Corte Suprema, el conservador John G. Roberts, nombrado por el ex presidente Bush, se ha alineado con los magistrados progresistas con un nuevo argumento impactante “la obligatoriedad de contratación de un seguro sanitario privado para todos aquellos que tengan ingresos”, la obligación de contratar un seguro por decisión, que tendrá gran repercusión en el futuro. Los republicanos sostenían la inconstitucionalidad de la ley “al obligar” a todos los ciudadanos con ingresos a contratar un seguro privado, argumentando que vulneraba la libertad individual de elección de contratar un seguro o no y un segundo argumento que planteaban los republicanos era que esta competencia era de cada uno de los 50 Estados de la

¹⁴ Nota explicativa de la Carta Magna del Poder Judicial

¹⁵ CUSHMAN, B., “NFIB Versus Sebelius and the transformation of the taxing Power”, *Notre Dame Review*, núm. 133, 2013, noviembre.

Unión, no de la Federación, y que esta materia no afectaba al comercio interestatal. El presidente Roberts se desmarca de esta argumentación jurídica republicana conservadora respondiendo con una fundamentación jurídica novedosa y contundente al afirmar que afecte o no al comercio interestatal el poder federal, tiene competencia para la creación de tributos y que la ley de obligatoriedad de un seguro no es más que un impuesto y, por tanto, constitucional. En definitiva, los tributaristas del mundo que considerarían una aberración jurídica técnica esta fundamentación de que la obligación de contratar un seguro es un impuesto van a tener que cambiar sus principios jurídicos tributarios. Esta argumentación, al ser la Corte Suprema un Tribunal Global, va a hacer que esta doctrina tenga repercusión e impacto global. Provocará, como puede ocurrir en el futuro en EEUU, que muchas reformas centralista y federales de tipo social puedan ser habilitadas como constitucionales porque, aunque no afecten al comercio interestatal o se impongan de forma obligatoria a los ciudadanos, ya que simplemente esta imposición se transforma o se visualiza como un impuesto y, por tanto, sería constitucional. Sin duda puede ser un instrumento de reformas progresistas en muchos estados federales porque el poder federal puede alegar que esas reformas progresistas que pretende hacer es un impuesto tributario.

No olvidemos que para que los tribunales y jueces sean innovadores es imprescindible que los abogados sean conscientes de que ellos son el primer motor, teniendo que introducir nuevas argumentaciones jurídicas innovadoras en sus demandas para convencer al juez que va a dictar sentencia, obviamente, influenciado por estos juristas creativos. Todos juntos, jueces y abogados, como una comunidad jurídica, serán los que produzcan esas sentencias innovadoras. Un ejemplo de ello lo tenemos en un pleito promovido por unos abogados que provocó que el juez titular del Juzgado de los Mercantil, nº 3 de Barcelona ya famoso por sus sentencias innovadoras, José María Fernandez Seijo, planteara un auto de apertura de una cuestión de prejudicialidad, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al entender que la Ley española no protegía suficientemente los derechos de los

consumidores en el caso de los desahucios y, por tanto, esto era contrario a la Directiva Comunitaria 93/13 CEE, que permite al juez modular, ponderar o modular las circunstancias de cada caso. El Tribunal europeo dictaminó (marzo de 2013) que la normativa española era contraria a la Directiva Comunitaria al impedir al juez paralizar una ejecución hipotecaria a pesar de que en el contrato existieran cláusulas abusivas para el consumidor. Aquí se muestra el importante protagonismo de los movimientos sociales, de los abogados que representan a estos ciudadanos, el juez español que tuvo la sensibilidad y recoger estas reclamaciones ante el tribunal europeo y el tribunal europeo que estableció unos principios sobre esta materia. Por delante de la resistencia de los estados de los parlamentos y de sus gobiernos.

Como indica B. Neuborne “La verdadera clave del sistema americano de Derecho Constitucional descansa en una especie de confluencia de abogados sin temor a defender los intereses de sus clientes con lecturas imaginativas del ambiguo Texto Constitucional; jueces independientes investidos del poder de interpretar este Texto Constitucional creativamente para responder a las necesidades de su tiempo...” y añade “Pues bien, pienso que uno de los mayores aciertos de los jueces americanos consiste en haber colaborado con los abogados y juristas americanos en general, en la construcción de un conjunto efectivo de protecciones legales que garantizan los derechos.... La protección judicial de la democracia se consiguió sin un mandato literal claramente establecido y tan sólo después de que una serie de juristas inquietos presentaran ante el poder judicial una materia prima imaginativa para la realización de actos significativos de creación judicial”¹⁶. Por tanto, la primera potencia en el mundo, lo ha sido también por la labor y la colaboración entre abogados y jueces para la construcción de un derecho dinámico, integrador e innovador.

Son muchos los jueces y las sentencias innovadoras producidas por ellos. Citaremos algunos destacados jueces (alguno de ellos

¹⁶ NEUBORNE, B., *El papel de los juristas y del imperio de la Ley en la sociedad americana*, Cuadernos Civitas, Barcelona, 1995, pp.35-36

ejercieron en el comienzo de sus carreras como abogados) y algunas de las sentencias que, a nuestro juicio, son más representativas de este permanente espíritu de cambio e innovación¹⁷. Sin duda, una de las etapas más innovadoras en la Corte Suprema la encontramos bajo la presidencia del juez John Marshall (1755-1835)¹⁸, entre cuyas sentencias innovadoras se encuentran el caso *Marbury versus Madison* (1803) donde Marshall sostuvo que la Corte Suprema podía cambiar una ley aprobada por el Congreso si esta violaba la Constitución¹⁹, consolidando el judicial review y la moderna configuración del control constitucional de las leyes; o la sentencia *McCulloch versus Maryland* (1819), donde falló que el Congreso podía crear un Banco Nacional basándose en la cláusula de comercio, siempre que afecte al comercio interestatal que otorga poderes a Washington.

Otro de los jueces más innovadores y progresistas lo encontramos en Earl Warren (1891-1974), jurista destacado y Gobernador republicano de California. Fue Presidente de la Corte Suprema nombrado por Dwight D. Eisenhower, época clave en la defensa de los derechos civiles en EEUU. Se debe destacar la sentencia *Brown versus Board of Education* (1954), que terminó con la segregación racial de las Escuelas y que fue el comienzo de la revolución para la defensa de los derechos interraciales. Otra de sus sentencias destacadas la encontramos en *Miranda versus Arizona* (1966), donde se establecía que a toda persona acusada de un delito se le informará de sus derechos en el momento de su detención policial.

¹⁷ JIMÉNEZ TELLO, P., *Auditoria Universitaria y Calidad. La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, Germany, 2009.

¹⁸ SCHWARTZ, B., *Book Legal Lists*, Oxford University Press, 1998, p. 5.

¹⁹ Refiriéndose a la etapa de la presidencia de Marshall son muy significativas las palabras de Jefferson “La Constitución es una mera pieza de barro en las manos de los tribunales, la que ellos pueden moldear y formar de la forma que quieran”.

Otro de los destacados jueces lo encontramos en la brillante figura de la Corte Suprema Norteamericana de Louis D. Brandeis (1856-1941). Abogado en sus comienzos, fue nombrado por el presidente Woodrow Wilson como juez de la Corte Suprema. Gran defensor de la libertad de expresión y del derecho a la intimidad. Sus votos particulares fueron tenidos siempre en cuenta por su seriedad en el planteamiento. Sus publicaciones siempre fueron una referencia, así publicó en la *Harvard Law Review* en 1890 “The right to privacy”, teniendo una gran influencia en la jurisprudencia norteamericana, como el derecho a ser dejado en paz.

Importante destacar, el caso de la jueza Ruth Bader Ginsburg, reconocida abogada defensora de los derechos de la mujer en la ONG American Civil Liberties Union (ACLU). Fue nombrada por Bill Clinton jueza de la Corte Suprema (1993).

Vemos como la tradición norteamericana es un modelo de transformación política a través del derecho, a través de los jueces. Muchos jueces y abogados han pasado a la historia primordialmente por haber sido los agentes del cambio e integración en todos los tiempos.

En el ámbito Europeo es de resaltar la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entró en vigor en 1953. Son de destacar la calidad de sus sentencias. Veremos como ejemplo alguna de la sentencias en materia de igualdad de género. Es *el caso de la lingüista belga*, conocido como Asuntos lingüístico Belga (1968/3)²⁰; las destacadas sentencia del Tribunal Europeo de

²⁰ El artículo 14 del Convenio establece “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier situación”. Desde su creación el TEDH dictaminó por primera vez en 1968, en el caso de la lingüista belga y después de 2009 ha dictaminado violación del artículo 14 en solo 20 ocasiones cita tomada de *Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?*, Samantha Besson. *Human Rights Law Review* (2008) 8 (4): 647-682,

Derechos Humanos iniciadas con *Bentham contra Holanda y posteriormente contra Suecia, Austria y Suiza* que obligan a establecer un sistema de recurso judicial de los actos administrativos y unos tribunales contenciosos independientes, ya que hasta ese momento sólo existía un recurso administrativo ante la reina, sobre este tema es muy interesante la lectura del artículo “La armonización europea en el control judicial de la Administración: El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, de Carlos Padrós y Joan Roca²¹.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales ha tenido influencia y la seguirá teniendo en los tribunales nacionales, entre los que se encuentra España. Los Tribunales españoles han sido siempre más innovadores que los tribunales europeos, por ejemplo, en materia de género. El fruto de estas reivindicaciones de largos años, lo encontramos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

página 656. 33 *Igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.

Sin embargo, sí se puede apreciar un cierto discurso del Tribunal en la redacción de sus decisiones. Algunas autoras han afirmado que el Tribunal maneja un concepto de discriminación muy formalista y una interpretación de la igualdad de género simplista y paternalista, permaneciendo insensible a los casos de múltiple discriminación 34(Entre estas autoras, Ivana Radacic, *Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, The European Journal of International Law Vol. 19 no. 4 © EJIL 2008. (Jurisprudencia sobre igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Por otra parte, el TEDH se cita mucho a sí mismo en sus sentencias, haciendo referencia a casos anteriores sobre la misma materia, por lo que sus decisiones mantienen una estructura bastante estable y el lenguaje no cambia drásticamente de una sentencia a otra.

²¹ PADRÓS REIG, C. Y ROCA SAGARRA, J., “La armonización europea en el control judicial de la Administración: El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, 1995, pp. 233-276.

En relación con los abogados, en Brasil es muy importante el papel que juegan en la presentación de demandas sobre diferencias comerciales en la OMC y, más concretamente, ante el Tribunal Judicial Mundial del Comercio, un tribunal judicial en todo menos en su nombre (Appellate Body). Brasil ha sido uno de los países más activos. Presentó, de 1995 a 2005, 22 demandas, ganando muchas de ellas frente a EEUU y la UE, siendo el fruto del buen trabajo de los abogados brasileños contra el proteccionismo de EEUU, con medidas de salvaguardia sobre productos de acero (DS248, DS249, DS251, DS252, DS253, DS254, DS258, DS259). El Appellate Body le dio la razón derogando la salvaguardia. O el planteado contra la Unión Europea contra las exportaciones de azúcar, reintegro por las exportaciones de azúcar (subvenciones a la exportación del azúcar concedidas por la UE al sector del azúcar) (DS265,266,283), sentencia citada en 44 ocasiones²², condenas de las subvenciones al azúcar europeo. Otra Solución de Diferencias importantes es la Diferencia DS332, sobre medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados. La Reclamación fue presentada por la Unión Europea demandando a Brasil y donde los diplomáticos, apoyados por un equipo de abogados, lograron mostrar la importancia de la salvaguarda del medio ambiente, la excepción XX del GATT. Este caso muestra el excelente trabajo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil y del Ministerio de Medio Ambiente y de sus equipos jurídicos, como hemos dicho anteriormente, pero también de los jueces del Órgano de Solución de Diferencias, que tuvieron que utilizar el activismo judicial para interpretar un acuerdo de 1947, para reflejar la realidad del medio ambiente de hoy.

Como indicábamos al principio de la introducción, todos sabemos las características que definen a un buen juez y muchos de los valores que preserva, pero a veces nos olvidamos de otros valores que han conformado la innovación judicial moderna y que han sido fruto de un cierto activismo judicial que se vislumbra como una visión permanente de cambio, de innovación de la actividad,

²² Informe de la OMC 2005.

como serían los de: asegurador de la democracia deliberativa; buscador del consenso y garantizador de los procedimientos de negociación y de conciliación previa; asegurador de procesos integrador; y el juez entendido como juez que garantice el principio de checks and balances y el juez como factor de cambio.

Haremos un breve recorrido por cada uno de ellos.

1. El juez como asegurador de la democracia deliberativa

Como indica Adela Cortina “el termino deliberación nació en la vida política antes que en la vida personal. Los ciudadanos atenienses deliberaban en la Asamblea antes de tomar decisiones, ponderaban públicamente los pros y los contras de las alternativas posibles cuestiones, antes de tomar una decisión”²³.

La democracia deliberativa no es decisión de la mayoría. Tampoco es un pacto entre diversos grupos, ni es la suma de decisiones, sino que es la búsqueda de una decisión común a la que entre todos se ha llegado.

El proceso judicial, en realidad, asegura un proceso deliberativo donde las partes pueden expresar sus opiniones sin ser éstas excluidas, como no ocurre en procedimiento parlamentario, donde muchas veces son excluidas por la mayoría parlamentaria. Esto no suceden en el procedimiento judicial: si estas opiniones son fundadas el juez o el tribunal las tomará en cuenta en su deliberación y en la sentencia, pudiendo haber contribuido con estas opiniones de las partes a una nueva jurisprudencia.

2. El juez como buscador del consenso y garantizador de los procedimientos de negociación y de conciliación previa

Cada vez más, las funciones del juez son las de asegurador de una negociación de las partes y la búsqueda de la resolución de conflictos a través de estos procedimientos.

3. El juez como asegurador de un proceso integrador

²³ CORTINA, A., *El País Opinión*, 24 de agosto de 2004.

Esta figura se ve en toda la historia del federalismo norteamericano, ya que la Corte Suprema ha ido resolviendo los conflictos entre los 50 estados y los conflictos de estos con Washington. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha inspirado en este modelo y también ha cumplido un papel de avance e integración en la Unión Europea.

El Tribunal Judicial Mundial del Comercio está cumpliendo este papel de unión, integración y armonización global. Por primera vez podemos decir que hay Global integration through law and Judicial Review, no sólo es una integración global a través del derecho y judicial, sino también a través del Judicial Review donde se someten los estados a las decisiones a este Tribunal. Estados Unidos ha ganado la mitad de sus pleitos, pero ha perdido otros y se cumplen a través de la técnica de la ejecución de sentencias, relación o derecho de retorsión. Hay que esperar que este Tribunal siga integrando en el ámbito global, no sólo en el ámbito del comercio, sino como ya se está viendo en el ámbito del derecho ambiental, la seguridad alimentaria, el derecho a la competencia y en otros muchos aspectos de la economía o del orden social o cultural, viéndose de nuevo a los jueces, frente al unilateralismo de las grandes potencias, como garantizadores de una integración global y de un equilibrio de poderes entre los estados del mundo. En algunos casos que el Appellate Body dio la razón a México y otros países sobre el abuso de las leyes de antidumping que ejercía EEUU para todos los temas textiles que provenían de México y otros países, dictó una sentencia de transcendencia casi constitucional global. En este caso la presidencia Bush dijo que el tribunal no había aplicado el Tratado de la OMC, sino que hay hecho Law making, o sea que no había aplicado el Tratado sino que había hecho un nuevo Tratado o enmienda parcial al Tratado.

4. El juez entendido como un juez que garantice el principio de checks and balances

El juez debe buscar el equilibrio de poderes, tanto públicos como privados. Un ejemplo de juez integrador lo tenemos en la *Sentencia Marbury versus Madison*, que mucho tiene que ver con el Presidente

de la Corte Suprema en ese momento, John Marshall, considerado como el mejor juez de la historia, referente tanto en EEUU como en el mundo, donde se asienta la lógica del *Judicial review*: “La cuestión de si una ley común que repugna a la Constitución puede llegar a ser una ley válida interesa profundamente a los Estados Unidos; pero afortunadamente no es tan intrincada como interesante. Nos parece que sólo es necesario tomar en cuenta ciertos principios ya que a lo largo del tiempo establecidos para decidirla”. Marshall deja claro que el juez, cuando se encuentra ante una norma contraria a la Constitución, debe no aplicarla, facultad que corresponde a “la verdadera esencia del deber judicial”. Incluida la verificación de la constitucionalidad de las leyes²⁴. En resumen, Marshall afirmó frente a las posiciones de Thomas Jefferson, que no sólo habían sido vulnerados los derechos de Marbury, sino que habían sido vulnerados por Jefferson y su secretario Madison. También afirmó que el Tribunal Supremo era el órgano encargado de enjuiciar la constitucionalidad de las leyes federales. Por tanto, los jueces son el instrumento de freno y equilibrio frente al poder legislativo.

5. El juez como factor de cambio

Debemos ser conscientes de que hay un sector de la doctrina del Tribunal Supremo y en la magistratura partidario de que la interpretación Constitucional esté presidida por los principios de literalismo, del intencionalismo. Por el contrario, hay otra línea de profesores, juristas y jueces de reconocido prestigio, entre los que se encuentran, B. Neuborne²⁵, John Ely, Laurence Tribe Kenneth Davis, Bernard Schwartz y William Brennan, que propugnan que la intervención del juez debe ir más allá y afrontar abiertamente los retos que los problemas actuales plantean.

²⁴ CARBONELL, M., *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía Constitucional y el control de la Constitucionalidad*, p. 9 consulta el día 6 de agosto 2012 a las 16 h.

²⁵ Burt Neuborne, abogado de la American Civil Liberties Union (Asociación Americana para la defensa de los Derechos y libertades fundamentales) y profesor universitario.

Refiriéndonos al ámbito norteamericano Neuborne “en términos taxativos y novedosos describe el panorama norteamericano, definiendo una interpretación constitucional francamente creativa”. A partir de la consideración que la Constitución y la Declaración de Derechos (Bill of Rights), sancionada por las diez primeras Enmiendas y por las Enmiendas 13, 14 y 15, revela un principio estructural que exige una lectura organizada en torno al mismo.

En efecto el Texto Constitucional expresa, según Neuborne, un compromiso con la democracia, la descentralización y la dignidad humana, guiado por la voluntad de articular una comunidad política ideal. La Declaración de Derechos concreta el alcance de este compromiso y opera para ello desde el dominio interior del individuo hasta el dominio exterior o colectivo, sancionando los mecanismos protectores necesarios para defender ese modelo ideal de los peligros potenciales que pueden amenazarlo.

La labor de los tribunales debe estar presidida y orientada, en buena lógica, por ese compromiso con una sociedad democrática y tolerante que se refleja en la coherencia interna de los principios del Bill of Rights. Dicho compromiso exige la derivación por el juez de mandatos no textuales, pero estructuralmente implícitos en el Bill of Rights, cuya identificación y definición aquél no puede eludir sin traicionar la voluntad de los “fundadores (constituyentes)”, puesto que resultan imprescindibles para responder, en cada momento histórico, a la aspiración de alcanzar esa sociedad democrática ideal.²⁶

Repasando el camino recorrido en la construcción del sistema democrático, en los Estados Unidos, Neuborne²⁷ pone de relieve “hasta qué punto la valentía e imaginación de la magistratura y los juristas americanos han contribuido a afianzar sus cimientos y a conseguir sus mejores logros. Para abogar, sin vacilaciones y basándose en el mandato constitucional, por la continuación de

²⁶ NEUBORNE, B., *El papel de los juristas ...*, op. cit. p. 23

²⁷ Presidente de la ACIU (Organización de Defensa Jurídica) y profesor de Derecho.

esa labor con el objetivo, probablemente inalcanzable, de superar los muchos obstáculos que todavía se oponen a la implantación de una sociedad verdaderamente democrática”²⁸.

Sin duda, el papel crucial de los jueces en la actualidad está siendo un motor de cambio e innovación y de integración global. Camino iniciado en Norteamérica y seguido en el ámbito de la Unión Europea y del resto del mundo.

II. CONCLUSIONES

Podemos concluir que la justicia y el juez juegan un papel muy importante en la globalización y que la justicia cada vez más se entiende como universal, aunque hay que reconocer que la globalización de la protección de los derechos humanos y la globalización ética avanzan a menos ritmo que la globalización económica²⁹ y que, obviamente, la justicia, al tener la función de protección de los derechos humanos es un poder controlador y de freno y equilibrio de ese poder político y económico global.

Como hemos podido observar, no sólo existe una competición entre las empresas de los diversos países del mundo, sino también existe una competición entre los Estados, no siendo sólo una competencia económica, financiera, empresarial y en productividad, sino que también hay una competición en la calidad e innovación de las leyes de un país. A modo de ejemplo observamos como el Estado de California ha sido un referente en el ámbito de las leyes ambientales y que ha servido de modelo a la Unión Europea y al resto del mundo. El Tratado de Kioto no es más que una reproducción de la *Cleaner Act American* de 1970; en calidad jurídica, en calidad de las Administraciones públicas y sus funcionarios y, sobre todo, en la calidad de los jueces y de la justicia y, por tanto, también de los abogados. Esto es un indicador decisivo y la clave para saber si ese país se encuentra en auge o en declive.

²⁸ NEUBORNE, B., *El papel de los juristas ...*, op. cit. p. 27.

²⁹ Revista Europea de Derechos Fundamentales... op. cit., 2003, p. 33.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, R., *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BALLBÉ MALLOL, M., “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 274, 2007.

BALLBÉ, M., Y MARTÍNEZ, R.; “Law and globalization” (Coords.J. Robalino y J. Rodríguez Arana) en, *Global Administrative Law*, CMP Publishing, 2010.

BALLBE, M., MARTÍNEZ, R., Y CABEDO, Y., *La crisis financiera causada por la desregulación del Derecho Administrativo Americano, Administración y justicia, Liber Amicorum en homenaje a Tomás Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012.

BALLBE, M. y PADROS, C., *El Estado competitivo y armonización europea*, Ariel Derecho, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, C. A., *El del brasileño Atuação pro-ativa do poder judiciário*, Bandeira de Mello, *Administración y Justicia, Vol II, Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, Madrid, 2012.

BECKFORD, D. S., *Power and Judicial Activism in the WTO. The Appellate Body's Interpretation of Trade Remedy Agreements*, Saarbrücken, Germany, VDM Verlag Dr. Müller, 2008.

CARBONELL, M., *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía Constitucional y el control de la Constitucionalidad*, p. 9 consulta el día 6 de agosto 2012 a las 16 h.

CORTINA, A., *El País Opinión*, 24 de agosto de 2004

CHAYES, A., “The role of the judge in public law litigation”, *Harvard Law Review*, 1976.

CUSHMAN, B., “NFIB Versus Sebelius and the transformation of the taxing Power”, *Notre Dame Review*, núm. 133, Barcelona, 2013, noviembre.

FERNANDEZ PEREIRA, J. P., *La Seguridad Humana*, Barcelona, Ariel, 2006.

INFORME de la OMC 2005.

JIMÉNEZ TELLO, P., *Auditoria Universitaria y Calidad. La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, Germany, 2009.

JIMÉNEZ TELLO, P., BALLBE MALLOL, M.; “Auditoria y evaluación como instrumento decisivo para el desarrollo global de los derechos de la mujer en el sociedad del conocimiento”, *NOMOS, Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Ceará*, vol., 30.1, 2010, jan- jul.

NEUBORNE, B., *El papel de los juristas y del imperio de la Ley en la Sociedad americana*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, Cuadernos Civitas, 1995.

PADROS REIG, C. y ROCA SAGARRA, J., “La armonización europea en el control judicial de la Administración: El papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, 1995, pp. 233-276.

Revista Europea de Derechos Fundamentales, Fundación Manuel Broseta, 2003.

ROBERTSON, D., *The Judge as Political Theorist*, Princeton University Press; Princeton and Oxford, 2010.

SCHWARTZ, B., *Book Legal Lists*, Oxford University Press, 1998.

VISCUSI, W. K., *Regulation though litigation*, Broking, 2002 B.

FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ACTUACIÓN CONJUNTA PARA LA TUTELA ESPECIAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Justo Reyna

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte vengo trabajando propuestas relativas a que el derecho administrativo debe salir de los moldes tradicionales del Estado de Derecho Legal para adentrarse concretamente en técnicas correspondientes al Estado de Derecho Constitucional. Una idea para encontrar cauces que aparezcan resultados operativos en materia de reconocimiento de derechos fundamentales en casos particulares que convoquen a Administraciones jurídicas de distinto orden jurídico endonacional.

La dogmática administrativista, por ende, debe encadenarse a los esfuerzos provenientes de otras disciplinas jurídicas que propugnan por una concepción del derecho que conduzca a los operadores jurídicos a las soluciones jurídicas para casos difíciles de nuestra incumbencia. El contexto de estos casos difíciles se presenta con un marcado debilitamiento del Poder Legislativo y de la ley cuando ella no se constituye en el canal para la tutela de la centralidad de la persona humana, reconocida en las constituciones europeas en la segunda mitad del siglo XX y en las latinoamericanas a finales de dicho siglo.

En concreto se estima que, sobre una manda constitucional, las Administraciones deben actuar conjuntamente y de modo participativo para atender en sede administrativa y previa a la judicial, satisfaciendo concretamente los núcleos mínimos de los intereses, bienes o valores fundamentales comprometidos en caso concretos.

El propósito de este artículo es identificar el marco teórico y los consiguientes fundamentos que sustentan el principio constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de derechos fundamentales; es decir de la causa fuente que obliga y, por ende, habilita, la actuación conjunta.

Se pretende identificar el aludido principio sobre la premisa de considerarlo como tal, es decir como un estándar reconocido en derecho que se dirige a los operadores jurídicos de derecho administrativo, por una exigencia no sólo de orden constitucional y jurídica, sino también por estrictas razones de justicia, equidad y libertad que están involucradas en la tutela de los núcleos mínimos o existenciales de intereses, bienes o valores protegidos constitucionalmente.

Reconocida la existencia jurídica de este principio constitucional, el mismo se convierte en la fuente, en el cauce, de donde surgen verdaderos deberes-poderes de las Administraciones Públicas endonacionales para actuar conjuntamente a los fines de garantizar la equidad en el caso concreto.

Es, por ende, dicho principio jurídico lo que sustenta y provoca el nacimiento mismo de las relaciones jurídicas, que surgen tanto de las administraciones entre sí, como también respecto de las obligaciones de ellas con los ciudadanos o particulares cuyo interés jurídico ha de ser atendido.

Razones metodológicas me imponen una justificación del trabajo, trayendo el estado de la dogmática o, si se quiere, el marco teórico que subyace al mismo. Son referencias a conceptos objeto de investigaciones de otras disciplinas u objeto de investigaciones personales; tales como lo relativo al Estado de Derecho Constitucional, las dimensiones territoriales y objetivas del derecho administrativo argentino, los “portales dimensionales”, el “espacio multidimensional” y el “caso administrativo multidimensional”.

II. MARCO TEÓRICO

1. El Estado de Derecho Legal y el Estado de Derecho Constitucional

Toda generación tiene sobre sus espaldas la responsabilidad de abandonar o modular todas aquellas raíces que obstaculizan la defensa y el desarrollo del proceso evolutivo de la especie y de su entorno.

El desarrollo del proceso del Estado de Derecho es una de las tantas dificultades que tenemos que asumir los operadores jurídicos a los que nos está tocando transcurrir desde la mitad del siglo pasado hasta lo contemporáneo de este siglo XXI

Nuestra genética generacional es resultante de modelos individuales impuestos verticalmente desde la misma concepción del Estado de Derecho de primacía de la regla, proveniente del modelo de la revolución francesa sustentada en el iluminismo y la concepción liberal de los siglos XVII y XVIII. Un modelo de organización estatal donde la constitución marca la diferencia funcional entre los poderes del Estado que se diseñaban para la defensa de los derechos fundamentales del hombre focalizados a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, que caracterizó el contexto vigente en aquellos tiempos sociales y políticos.

Un formato donde la ley era la proveniente del estado soberano legislador con un concepto cerrado de las fuentes del derecho y donde al poder administrador le tocaba, en esencia, lo atinente a su ejecución y aplicación de las regulaciones generales en cabeza de los poderes legisferantes para la defensa de aquella sociedad homogénea e individualista.

Lo contemporáneo, sin embargo, se nos presenta como un proceso vertiginoso de cambios o de “desorden del referido viejo orden”. Una concepción del Estado de Derecho donde las constituciones han dejado de ser un programa político, sobre cuyas premisas los legisladores construían el derecho.

En el Estado de Derecho Constitucional, las constituciones, con sus principios, bienes, intereses y valores se han convertido en fuentes derecho para los operadores jurídicos que deben resolver los casos concretos creando derecho con los elementos dispersos en el ordenamiento jurídico entendido como bloque jurídico bajo el paradigma constitucional.

Es reflejo de un proceso de flexibilización y de permeabilidad de fronteras en el más amplio sentido que puede darse a la expresión; es decir tanto en el plano estrictamente individual, como social, estatal, económico, político, cultural, etc. Los grupos sociales, apoyados en las tecnologías de la información y la comunicación, son una de las notas características de una sociedad contemporánea nucleada en grupos plurales y dinámicos en orden a la defensa de intereses, bienes o valores que los nuclean. La educación intrafamiliar, estatal y los modelos organizacionales rompen los modelos rígidos en búsqueda de pluralismo, dinamismo, complementariedad y de respeto y defensa de centralidades. El respeto y la defensa de centralidades se ha convertido en un eje no sólo de los grupos sino también de la misma persona en sus pensamientos y sueños individuales.

Doctrina local relevante ha tratado de modo resaltable el proceso del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional¹. Se ha ocupado, en tal sentido, del paso de una concepción del Estado de Derecho fundado en las normas o reglas a un Estado de Derecho fundado en principios o valores.

En el Estado de Derecho Legal (EDL) la ley contenía el derecho regulando los supuestos fácticos a los que correspondía aplicar la consecuencia jurídica, incluyendo además en los códigos de manera expresa o implícitas los principios jurídicos del sistema. En el Estado de Derecho Constitucional (EDC), se compromete la práctica con los derechos humanos, siendo que el derecho, en buena medida, es el derecho contenido en principios o valores.

¹ VIGO, R. L., *Constitucionalización y Judicialización del Derecho: Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, 1ª ed., Pontificia Universidad Javeriana; Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

Los principios, en este sentido, han sido calificados por el autor, con cita de Alexy, como mandatos de optimización de contenido moral y forma jurídica, que reclaman la mejor conducta según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas. Ha dicho que: “Recordemos que los derechos humanos pueden formularse a través de las modalidades propias de los principios, aunque es posible imaginarnos principios que no sean derechos humanos. En opinión de Zagrevelsky, la relación entre la ley y Constitución equivale a la relación entre normas y principios, y éstos operan como derecho concentrado quedando en manos del jurista explicar o determinar una respuesta desde los mismos para el caso que debe resolver o proponer una resolución”².

La dogmática contemporánea está avanzando más en la consideración de los perfiles actuales del Estado de Derecho Constitucional, en cuyo contexto se propone y discute la pertinencia de distinguir entre el “constitucionalismo argumentativo o principialista” y el “constitucionalismo normativo o garantista”.

Así, Ferrajoli destaca en el constitucionalismo argumentativo una distinción entre normas y principios, donde los derechos fundamentales operan como principios o valores distintos de las reglas, es decir que tienen una normatividad más débil; mientras que en el “constitucionalismo garantista” los derechos fundamentales y los principios constitucionales, se comportan como reglas en tanto implican la obligación de imposición de reglas o prestaciones que son garantía de los derechos fundamentales aludidos.

El profesor citado ha dicho que:

“Por ello, junto a la distinción entre..., será necesario formular y discutir una segunda y más importante distinción, coincidente sólo en parte con la primera, entre el que llamaré ‘constitucionalismo argumentativo o principialista’ y el que cabe denominar ‘constitucionalismo normativo o garantista’. La primera

² *Ibíd*em; p. 28

orientación está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulatorio, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen –en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable– la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al “quién” y al “cómo”), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al “qué” no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión.”³

De este modo, debe sostenerse que el Estado de Derecho Constitucional ha acarreado una innovación en la propia estructura del modelo de legalidad que se correspondía al Estado de Derecho Legal de la sumisión a la producción de las normas por el legislador, posicionando a los actores jurídicos de una manera prevalente frente al derecho sustancialmente ilegítimo. Es un nuevo modelo donde cobran relevancia los contenidos del derecho relativos a la persona humana, a la dignidad y los derechos fundamentales.. Los contenidos, según doctrina relevante, están vinculados positivamente “...a los principios y valores inscriptos en sus constituciones, mediante técnicas de

³ FERRAJOLI, L., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 16-17.

garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica”.⁴

La presencia de la persona humana en el sistema jurídico, sus derechos y garantías, han modulado por ende, el paradigma del derecho administrativo clásico del principio de legalidad como vinculación positiva de la administración a la norma del legislador, donde ella es fundamento y límite de la potestad de actuación de la Administración; pues, “..En la actualidad, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley”⁵.

La legalidad de este modelo se apoya en nuevas premisas, donde la Administración encuentra fortalezas constitucionales en sus potestades de actuación. Los principios y habilitaciones constitucionales relacionados a ese contenido sustancial, gobiernan los contenidos normativos y jurídicos de todo el proceso de creación y aplicación normativa por parte de la Administración. El sistema de garantías relativo a los derechos fundamentales, opera en el campo del derecho administrativo como fundamento imperativo y como límite de la potestad de actuación de la Administración.

2. Las reglas y los principios jurídicos

Sobre las premisas conceptuales del Estado de Derecho Legal y del Estado de Derecho Constitucional, se impone continuar el desarrollo dogmático de este trabajo, caracterizando a los principios y a sus diferencias con las reglas, en los términos en los que la filosofía del derecho ha puesto a disposición de todas las ramas jurídicas; entre ellas, por cierto, a nuestro derecho administrativo.

El derecho administrativo debe esforzarse, en este sentido, en la eficacia de los derechos humanos y en la tutela efectiva de los

⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y Garantías. La ley del más débil*, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2010, p.20.

⁵ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 10º ed. Madrid; Trotta, 2011, p. 34.

derechos fundamentales, por medio del reconocimiento del principio constitucional de actuación conjunta para la tutela de la centralidad de la persona humana.

La eficacia en dicha tutela no debe ser, en casos difíciles, trasladada a los jueces. Debe ser atendida en sede administrativa por medio de sus operadores jurídicos de las Administraciones responsables. No es un obstáculo la circunstancia de que nuestros legisladores no regulen, hasta ahora, una actuación conjunta de todas las administraciones endonacionales responsables y competentes de manera concurrente para atender los núcleos mínimos de los derechos fundamentales.

En esta concepción del derecho la consideración de los principios en el EDC es esencial. El derecho no está conformado sólo por las reglas del legislador, sino también por otro tipo de estándares que no operan como las reglas como es el caso de los principios y las directrices políticas. En este sentido el autor citado, con cita de Alexy y de Dworkin en su concepción del derecho como integridad, lo focaliza en la consideración de los principios y en sus diferencias tanto con las reglas como con las directrices ⁶.

Los principios, en este sentido, son presentados como un tipo de estándar con los que operan, en sustancia, los operadores jurídicos como los jueces y juristas, en tanto les corresponde a ellos determinar que derechos y deberes que les corresponden a los ciudadanos por razones de justicia o moralidad. Dentro del concepto de operador jurídico, según estimo, debe incluirse a todas las Administraciones que por razones de juridicidad deben efectivizar los núcleos mínimos de los derechos fundamentales.

Las directrices son estándares propios del Poder Legislativo en el sentido de normas programáticas que obligan a perseguir determinados fines o intereses, relativos no ya a una dimensión de

⁶ VIGO, R. L., *Implicancia de los Principios en la Teoría Jurídica de Ronald Dworkin: Nuevos Vientos de la Filosofía del Derecho* Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, 1993.

moralidad sino a unos objetivos de amplio y diversificado porte, tocante a campos como el económico, político o social.

En lo relativo al esfuerzo de Dworkin sobre los principios y su proyección sobre su concepción integral del derecho ha dicho el Prof. Vigo que: “...su esfuerzo persuasivo y polémico transitará alrededor de estos últimos atento al papel que ellos desempeñan a la hora de adjudicar derechos y concebir “al derecho como integridad”. Dworkin reconoce distintos sentidos al término derecho (como organización social, como conjunto de leyes o reglas específicas, etc), pero su discurso privilegiará el derecho en tanto “fuente peculiar de la que emanen ciertos derechos, deberes, poderes, y relaciones interpersonales y que los juristas declaran o describen a través de proposiciones jurídicas, siendo la verdad o validez de ésta objeto de discusiones entre aquellos.”⁷

Reconstruye, en ese desarrollo, nueve distintos criterios de Dworkin diferenciadores entre las reglas y los principios.⁸ En este sentido se alude, entre otros, a los siguientes criterios: a) el contenido como criterio de diferenciación, siendo el contenido de los principios “intrínsecamente moral”(responden a exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad), mientras en el plano de las reglas el contenido responde a criterios diversificados; b) los destinatarios: los principios se dirigen a los órganos encargados de la adjudicación de los derechos, mientras que las reglas pueden orientarse a los ciudadanos; c) las tareas que exigen del jurista: los principios una trabajosa y polémica tarea de “descubrimiento”, mientras que las reglas son el fruto de un acto de creación o invención; d) en cuanto al modo de resolver las contradicciones: siendo que cuando se trata de normas juega la validez o la derogación , mientras que cuando se trata de principios se trata de una “dimensión de peso o importancia” que debe tener en cuenta quien debe resolver el conflicto, siendo que ellos permanecen en el derecho mientras se los siga estimando

⁷ *Ibíd*em, p. 14-15.

⁸ *Ibíd*em p.16-19

como convenientes y justos para la determinación de derechos y deberes.⁹

Es útil desde la dogmática y para el desarrollo de este trabajo la consideración que se formula desde la doctrina, con cita a Ruiz Manero y a Prieto Sanchís, clasificando a los principios en explícitos e implícitos, según emanen o sean dictados expresamente por fuentes formales de producción jurídica (explícitos); o bien se extraigan a partir de otras disposiciones expresas del ordenamiento jurídico (implícitos), resultantes ya sea de un procedimiento inductivo (de un conjunto de estándares se extrae uno general) o deductivo (de un estándar general se extrae un principio por una relación de implicación que tiene en cuenta las consecuencias, los valores o los intereses tutelados)¹⁰

De esta forma, en lo que al derecho administrativo refiere, los principios se presentan como fuentes de particulares derechos, deberes y potestades inherentes a los ciudadanos para la defensa de bienes, intereses o valores protegidos constitucionalmente. Es fuente de derechos, poderes y deberes para las propias administraciones públicas que, en el derecho argentino están diseñadas para sus distintas dimensiones territoriales.

En cada caso particular, por ende, las distintas dimensiones territoriales convocadas deben generar un espacio de discusión democrática, sobre la premisa de los principios y los derechos, en función del cual el derecho funcione como integridad resolviendo el caso que las convoca. .

El aludido espacio de discusión democrática debe generar un resultado jurídico a saber: la creación de un grupo normativo (reglas) de complejidad especial que atenderá el caso; reglas jurídicas constitutivas de un sistema especial para considerar de modo coherente el derecho del ciudadano.

⁹ Ibídem p. 1-19

¹⁰ RUIZ SANZ, M., *Sistemas Jurídicos y Conflictos Normativos*, Dykinson, 2002, Id. VLex:VLEX-BF313

Se ha dicho, que: “La coherencia jurídica ha sido definida por MacCormick como una relación entre principios y reglas según la cual un conjunto (reducido) de principios permite “explicar” o “dotar de sentido” a un conjunto (más vasto) de reglas jurídicas....La coherencia es “algo más que ausencia de contradicciones; la coherencia supone la evaluación de las reglas, sea a la luz de sus razones subyacentes, sea a la luz de los principios superiores del sistema jurídico. Dentro de la “coherencia jurídica” se suelen incluir cuestiones referidas a funciones explicativas....., otras referidas al diagnóstico de casos fáciles o difíciles, y otras referidas al rol de la coherencia como método para solucionar casos difíciles como las lagunas normativas”¹¹

En este contexto, el autor despliega su construcción partiendo de la diferenciación de Schauer entre modelo decisorio conversacional (reglas maleables por su interacción con las razones subyacentes) y el modelo de la rigidez (reglas como razones excluyentes y perentorias para la acción).

Pretendo con este trabajo, sobre las premisas conceptuales expuestas, una concepción donde el derecho opere a partir del caso y de un principio jurídico. El derecho, por ende, debe dar respuestas concretas a los derechos de los ciudadanos inherentes a los bienes, intereses o valores fundamentales comprometidos.

Se ha dicho que: “La tónica especialmente, en autores como Esser o más claramente en Viehweg, ha contrapuesto dos modos de entender y operar el derecho: el sistemático y el aporético o problemático, mientras que en aquél lo primero es el sistema al cual debe ajustarse el problema y sus posibles soluciones; en la perspectiva aporética se da preferencia al problema y en búsqueda de la solución al mismo se conforma el sistema. Precisamente en Dworkin encontramos similitudes para la visión problemática en tanto la “right thesis” exige la incondicional decisión de no tolerarse la violación de los derechos individuales.... La “right

¹¹ ALONSO, J. P., “Modelos Jurídicos de Coherencia” *Revista Filosofía del Derecho*, Año 1 Número 1, 2012, pp. 3-5

conception” descansa....en el esfuerzo interpretativo de la integralidad del derecho que en cada caso debe realizar. “¹²

Esta propuesta de reconocimiento del principio constitucional como imperativo jurídico de actuación para la tutela especial de derechos fundamentales, puede sostenerse también desde la óptica de Ferrajoli en su visión del constitucionalismo garantista, donde el garantismo es la otra cara del constitucionalismo. Así, desde su visión del sistema jurídico, como modelo de Derecho, debe considerarse que se han positivizado los principios relativos a la persona humana y a las obligaciones estatales relacionadas a su tutela, generándose un “sistema de límites y vínculos impuestos por constituciones rígidas a todos los poderes y garantizados por el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre su ejercicio”.¹³

3. Las dimensiones territoriales y el derecho administrativo

La organización constitucional argentina, en su concreto funcionamiento como Estado democrático, social y constitucional de Derecho, nos presenta la existencia simultánea de distintas dimensiones o planos relevantes para el Derecho objetivo en general y para el Derecho Administrativo.

La consideración de las dimensiones que conforman nuestro sistema republicano, representativo y federal, desde una perspectiva constitucional y administrativa, resulta una base dogmática útil y conducente para sustentar el presente trabajo focalizado a descubrir los fundamentos del principio constitucional de actuación conjunta.

Doctrina relevante nacional ha recurrido a la consideración de “las dimensiones para desarrollar de modo acertado el problema de la dispersión de la soberanía” en el funcionamiento operativo de la actividad estatal. Resalta la idea de que como “nadie está autorizado a hablar por todo el pueblo”, la voluntad popular se

¹² *Ibíd*em p. 45

¹³ FERRAJOLI, *Un debate...* op. cit., p. 21.

dispersa a través de las dimensiones temporal, espacial y funcional.¹⁴

La dimensión espacial o territorial endonacional nos lleva a considerar, primeramente, las particularidades del federalismo argentino y la consiguiente coexistencia de una pluralidad de derechos administrativos domésticos.

Luego, sobre premisas de federalismo cooperativo o de premisas especiales provenientes de la reforma constitucional de 1994 (“portales dimensionales”), nos conduce a la actuación conjunta multinivel o multidimensional, como prefiero llamarla.

Con la existencia de una dimensión espacial en la organización estatal se destacan distintos planos o ámbitos competenciales endonacionales diferenciados en función del territorio y la materia asignada a cada uno de ellos.

La dimensión territorial diseñada por nuestro constituyente de 1853 conduce a distinguir, cuanto menos, tres dimensiones espaciales diferenciadas, a saber: local, provincial y nacional, en cuyo ámbito competencial se despliega la política social y democrática.

Desde el punto de vista general, las dimensiones espaciales son consecuencia de: el diseño constitucional del gobierno federal que se infiere del Preámbulo, de la normativa específica, y de la propia sistemática de la Constitución donde se presenta una preexistencia de las provincias y de los municipios y, asimismo una distribución de competencias entre todas las dimensiones jurídicas federales, provinciales y locales.

En tal sentido, del juego del Preámbulo con las normas de los arts. 1 y 5, en el contexto de la propia estructura constitucional, surge que los representantes del pueblo reunidos por voluntad de las provincias, al adoptar para la unión nacional y para el gobierno de la Nación Argentina una forma representativa, republicana y

¹⁴ NINO, C. S. *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires: 1992, p. 577.

federal, que debe garantizar un régimen municipal,¹⁵ han establecido de modo superprimario una organización nacional, unas provinciales y otras municipales o locales que coexisten de manera compleja en el territorio de la República.

La adopción de la forma federal de gobierno en el artículo primero de la Constitución, sumado al artículo 5to., demarca inicialmente este concepto básico de la organización estatal, el que tiene fuertes raíces en todo el proceso de construcción de la organización nacional de 1853.¹⁶

La reforma constitucional de 1994, en lo que a este aspecto refiere, incorpora dentro del Título Segundo, relativo a los “Gobiernos de provincia”, a la ciudad de Buenos Aires, reconociendo un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción.¹⁷

¹⁵ Preámbulo de la Constitución: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las Provincias que la componen, en cumplimiento de pactos existentes, con el objeto de constituir la unión nacional”. Art. 1 CN: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según la establece la presente Constitución”. Art. 5: “Cada Provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios declaraciones y garantías de la Constitución Nacional: y que asegure (...) su régimen municipal”. La parte segunda de la Constitución Nacional regula en su Título Primero, al “Gobierno Federal” y su Título Segundo a los “Gobiernos de provincias”.

¹⁶ El Art. 1º de la CN establece: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

El Art. 5º. prevé que: “Cada Provincia dictará para sí su propia constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios declaraciones y garantías de la Constitución Nacional: y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

¹⁷ El Art. 129 establece: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y

Las provincias, en este contexto, se reservan los poderes que no delegan a la Nación, se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia sin intervención del gobierno federal, debiendo asegurarse constitucionalmente la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero.¹⁸

Los derechos administrativos, en este régimen federal, se presentan originariamente dentro de cada dimensión territorial como disciplina jurídica de la función administrativa respectiva, sea ella la nacional o las correspondientes a cada una de las dimensiones provinciales respectiva. Tantos derechos administrativos se nos presentan, como funciones administrativas endonacionales están reconocidas conforme a la Constitución Nacional. El derecho administrativo nacional y los provinciales, por lo tanto, aparecen en el contexto del Estado de Derecho de

jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea la Capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones”.

¹⁸ El Art. 121 establece: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

El Art. 122 establece: “Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del gobierno federal”.

El Art. 123 prevé: “Cada Provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5to. asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”, en tesina correspondiente a la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Fac. de Cs. Js. y Soc. de la UNL, cohorte 2008/2009

nuestra Constitución de 1853, como propios y peculiares regímenes jurídicos de derecho público correspondiente a cada dimensión territorial; cuerpos autónomos de normas y principios de derecho público regulatorios de la organización y acción de la Administración Pública, su control y las relaciones jurídicas que en su contexto entabla en su carácter de autoridad administrativa.

Las relaciones entre las Provincias y la Nación han sido estudiadas por nuestro derecho constitucional. Con motivo de mis actividades docentes de posgraduación uno de los alumnos destacados ha abordado la temática dirigida hacia el tratamiento de la discapacidad. Ha traído citas de constitucionalistas relativas al tema, diciendo que: "La teoría política y constitucional han estudiado largamente las relaciones entre la Nación y las Provincias y en gran medida se ha identificado las causas que dieron pie a un desbalanceado crecimiento del Estado Nacional, en perjuicio de los ámbitos locales. Particularmente FRÍAS señala como causas más próximas de la dependencia federal, la centralización y desfederalización provocadas durante largo tiempo como efecto no deseado de un federalismo "dual y preceptivo"; el predominio del Poder Ejecutivo Federal a través de sucesivas "refracciones" políticas y administrativas. La extensión de los poderes implícitos del Congreso para enfrentar situaciones excepcionales. Municipios considerados como descentralizaciones del estado provincial. Las interrupciones del orden constitucional con gobiernos de facto. En su modo de ver las cosas –y al cual adhiero–, el federalismo debe ser descrito como un sistema social que protagonizan esencialmente el gobierno central y las provincias argentinas, donde son atributos de las provincias sus poderes conservados, y son de la Nación, los delegados y les son comunes los concurrentes; ..." En la primera modalidad se adscriben los poderes específicos que son ejercidos respectivamente por ambos órdenes que coexisten pero no se tocan, son independientes y excluyentes entre sí. En el segundo supuesto, los poderes concurrentes se ejercen de manera conjunta. En caso de conflicto, los federales desplazan a los provinciales.... Germán J. Bidart Campos se ha referido acerca de la existencia de "una categoría especial de competencias

concurrentes. Pues divide dos áreas: lo mínimo, y lo máximo. En lo primero, la competencia es federal; en lo otro, provincial. Podrá en lo mínimo dársele a la legislación la forma codificada, o la de una ley-marco; y en lo máximo podrán las provincias ampliar y desarrollar para sus respectivas jurisdicciones aquel mínimo legislado por el congreso, asumiéndolo sin contravenirlo". De manera que: "Los contenidos mínimos escapan a la competencia provincial, porque son propios del estado federal" y "Las normas complementarias de competencia provincial son la añadidura para maximizar lo mínimo", entonces, "La concurrencia está repartida entre lo mínimo y lo máximo complementario". Así señala en conclusiones que pueden ser válidas para la temática que intento esclarecer que: "La complementariedad maximizadora demuestra el acierto de nuestro punto de vista en materia de derechos humanos cuando hemos afirmado que en tanto se respete la distribución competencial entre estado federal y provincias, éstas quedan habilitadas para ampliar el plexo de derechos a cuya recepción las obliga la constitución federal". Porque "proteger más, y fijar detalles para dar efectividad a la protección mínima, no parece incumbir al estado federal sino a la legislación local de complemento"¹⁹.

El Art. 31 de la Constitución de 1853, de esta forma, plasma las bases del orden normativo y, asimismo, como principio constitucional la primacía del Derecho federal por sobre el local; por cierto, esto último en el ámbito competencial o de interferencia al que corresponde su tratamiento.²⁰

¹⁹ ITURRASPE, F., "Derecho Administrativo y derechos fundamentales: La actividad concertada de las administraciones públicas para la efectivización de los derechos humanos de las personas con discapacidad"; en cuyo contexto cita a BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-B*, nueva ed. amp. y act. a 1999-2001, fs. 237-245

²⁰ El Art. 31 establece: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligados a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o

Este orden jerárquico normativo fue afectado, según estimo, por la reforma constitucional de 1994 en el Art. 75 inc. 22, que incorpora como tratados de jerarquía constitucional los tratados de derechos humanos y que impone, en general, al resto de los tratados una jerarquía superior a las leyes.²¹

Dicha reforma, por sobre todo, ha impactado el modelo vertical de organización estatal y de primacía del Art. 31, con reparto constitucional de competencias entre el gobierno federal y las provincias.

Ello, al tutelar por dichos tratados y por las incorporaciones de los nuevos derechos (art. 41, 42, 43, 75 incs. 17 y 23) una serie de intereses, bienes o valores que, siendo fundamentales, operan transversalmente o en red en nuestro sistema federal de gobierno, exigiendo de los poderes públicos actuaciones conjuntas no susceptibles de ser obstaculizadas con fundamentos competenciales jurisdiccionales previstos y diseñados para el anterior modelo dual de la aludida organización estatal.

Debe tenerse presente que la reforma constitucional de 1994 se sancionó en el contexto de un fenómeno de mayor porte, producido fuera de las fronteras nacionales —el neoconstitucionalismo—²², en función del cual las normas constitucionales o superprimarias a partir de los años setenta del siglo pasado no se limitan a separar a los poderes públicos y a las competencias de las organizaciones que reconoce en el sistema jurídico, sino que proceden a incorporar —de modo cuantitativo y

constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

²¹ COMADIRA, J. R., *Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2ª ed. act. y amp., Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 688.

²² La dogmática lo caracteriza como neoconstitucionalismo, en cuyo contexto se defiende la potencia jurígena de la Constitución y la omnipotencia judicial para hacer efectiva la tutela de derechos fundamentales que pasan a ser el objetivo y norte de la acción administrativa del Estado.

cualitativamente relevante— normas materiales o sustantivas de tutela de determinados fines, bienes, intereses o valores que operan como condicionantes y fundantes de la actuación de los poderes del Estado.

En este trabajo, como adelanté, me dirijo a los fundamentos de una actuación multinivel (nacional, provincial y local), a la que he denominado “actuación multidimensional”. Aclaro que, la reforma nos obliga también a reconocer otra dimensión, que es la dimensión internacional. Si bien ella no es analizada, debe ser tomada presente en pos de una adecuada perspectiva de las dimensiones y sus proyecciones sobre los casos prácticos que eventualmente convoquen a varias o a todas ellas. Esta dimensión internacional, que tutela especialmente intereses, bienes o valores, impacta fuertemente en el modelo clásico de dimensiones espaciales endonacionales.

La actuación multinivel puede intentar construirse, primeramente, sobre bases de “federalismo cooperativo”. Digo también “cuanto menos” pues creo que esta actuación se presenta en un contexto especial y diferente del “federalismo cooperativo” o del “federalismo de concertación”. No se trata de un acuerdo cooperativo o un “concerto” donde, frente a la ausencia de dicho acuerdo de voluntades, las administraciones pueden actuar individualmente sin reproches del orden jurídico.

Esta actuación conjunta multidimensional, según estimo, es resultante de un imperativo jurídico, es decir que no se está en el campo político o de discrecionalidad de actuación que permite concertar o no concertar, sino en el campo de los deberes jurídicos de actuación.

Un campo donde las administraciones pueden ser compelidas jurídicamente a dicha actuación para tutelar derechos fundamentales de modo conjunto en casos particulares.

La reforma del 1994, de este modo, habilita un diseño de la organización del poder estatal superador del tradicional fuertemente estructurado y vertical en el reparto y ejercicio de competencias, con capacidad para actuar en estos nuevos tiempos

de globalización caracterizados por la modificación de la relación entre tiempo/espacio, a la que habíamos arribado como sociedad de modo razonablemente gradual.

4. Los portales dimensionales; el espacio multidimensional y la actuación multidimensional

La centralidad de la persona humana a la que hemos referido, entre otros fundamentos, se infiere de las disposiciones constitucionales. La tutela constitucional, entre otras, se advierte en: el derecho a un ambiente sano y del patrimonio cultural del Art. 41 CN, los derechos de los pueblos originarios del inc. 17 del Art. 75; y los derechos humanos del art. 75 inc. 22, en especial respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, en cuyo contexto se prevé un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y tiempo de lactancia (art. 75 inc. 23).

La reforma constitucional de 1994, por otra parte, ha traído al ámbito constitucional por medio de su art. 43, a los derechos de incidencia colectiva, reconocidos e interpretados en sus perfiles por nuestra Corte Suprema de Justicia en precedentes centrales.²³ En este sentido, dicho reconocimiento constitucional y pretoriano nos presenta casos difíciles para el derecho administrativo donde se puede dar, con motivo de un hecho, una pluralidad de legitimados activos en distinta situación, como así también una pluralidad de legitimados pasivos susceptibles de ser reclamados y accionados por parte de la pluralidad de sujetos afectados en sus disímiles situaciones jurídicas.

Las materias expuestas, de este modo, pueden operar frente a un caso particular como un “portal dimensional” por conducto del cual se conectan distintas jurisdicciones con competencia en esas materias y en el caso. Se estarán conectando distintas

²³ Los considerandos 6, 17 y 18 de la Causa Mendoza de nuestra CSJN y los considerandos 7,11 y 12 de la causa Halabi analizan las variantes de los derechos de incidencia colectiva.

administraciones jurídicas para atender casos multidisciplinarios y multidimensionales. No debe analizarse cada uno de los casos de acuerdo con las pautas rígidas de un sistema jurídico, como un todo cerrado y autosuficiente.

El portal dimensional es el factor o circunstancia que determina la aparición y el contenido de un espacio multidimensional. Es el pórtico que se forma y se abre con un caso de la realidad sucedido en el contexto de un Derecho Administrativo endonacional; un nacimiento y apertura cuyo efecto es disparar dicho caso hacia otras dimensiones jurídicas endonacionales. Un caso de la realidad, por ende, que involucra bienes, intereses o valores protegidos constitucionalmente en aras de la centralidad de la persona humana.

La afectación efectiva de dichos bienes, interés o valores es la causa que provoca la apertura del portal. La centralidad de la persona humana, reconocida por las distintas dimensiones endonacionales y por la dimensión internacional adelantada, trae aparejado que las administraciones endonacionales responsables no puedan invocar razones de federalismo dual o estructuras cerradas y verticales como para justificar su silencio o inacción.

El portal del caso abre, como dije, un espacio multidimensional. Es un espacio jurídico intersistémico, pues estará nutrido de elementos materiales, personales y jurídicos, seleccionados de las administraciones públicas y de sus respectivos derechos endonacionales comunicados por el portal. Para concluir este punto 1.2., retomo e incorporo nuevos aportes en orden a la consideración de este espacio multidimensional (*vid. infra* 1.2.1.6. de este Capítulo II).

Es, por lo tanto, un espacio jurídico de comunicación entre todas las administraciones responsables que, de modo intersistémico, deben dimensionar los límites del derecho fundamental, esto es, el alcance que corresponde reconocer a la persona humana o al derecho fundamental a ella inherente, según las particularidades que el caso presente.

El portal se cierra cuando el interés fundamental es satisfecho en el caso concreto; circunstancia ésta que trae aparejada la desaparición del régimen jurídico por cumplimiento de la finalidad que le dio nacimiento.

En efecto, el cierre del portal trae consigo la extinción de la relación jurídica que vinculaba a las administraciones públicas endonacionales frente a la persona humana necesitada de atención en sus derechos fundamentales o de incidencia colectiva y, por cierto, del consiguiente espacio jurídico multidimensional nacido por y para esa situación particular.

El portal del caso es el disparador de esta técnica. Las particularidades del bien, interés o valor del caso concreto son la plataforma de lanzamiento para la construcción del régimen jurídico aplicable y del grado de compromiso que deben asumir las administraciones convocadas para su atención.

La actuación multidimensional pretende ir un poco más allá de esta base conceptual. Es una actuación *ad hoc* donde los distintos niveles y órdenes jurídicos se encuentran para determinar y reconocer de modo conjunto el alcance del derecho fundamental del hombre o del derecho social en su contenido mínimo o nuclear comprometido en un caso concreto.

Ello nos permite avanzar a la consideración de la dimensión subjetiva del Derecho Administrativo pues, como dije, con ella se decidirá qué porción del interés individual o colectivo está dentro del aludido sistema y, por lo tanto, qué debe ser reconocido.

Se resolverá así una “relación jurídica compleja” donde se determinará el alcance de la operatividad del derecho fundamental o de incidencia colectiva del particular frente al sujeto público.

De este modo se convertirá en directamente operativo dentro de una “relación jurídica compleja” donde el derecho fundamental se ejerce frente a la administración como “legitimado pasivo directo”, pero también frente al resto de la comunidad que debe interpretarse como un “legitimado pasivo indirecto”, pues ella es acreedora de otros intereses jurídicos que también deben ser

atendidos y considerados en los límites que el Derecho también impone en cuanto a su reconocimiento y tratamiento.

La actuación *ad hoc*, a la que hice referencia, está condicionada así a que la decisión que se tome no concrete un tratamiento irrazonable en la tutela de uno de los “eslabones constitucionales” que conforman el pacto mínimo o esencial del orden constitucional.

III. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ACTUACIÓN CONJUNTA PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho en lo contemporáneo, en función del marco teórico expuesto, debe concebirse desde una posición integral superadora de concepciones positivistas legalistas rígidas vinculadas exclusivamente al conjunto de leyes o reglas producidas por medio de ejercicio de potestades normativas.

El derecho, por ello, no trata solo de reglas sino también de directrices y de principios que van más allá de lo que al respecto puedan referir las reglas de los legisladores, siendo ellos estándares que recogen valores superiores del ordenamiento jurídico inherentes a razones de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad.

La doctrina santafesina relevante, a la que aludimos en párrafos precedentes, ha reconstruido los ejes de las disputas entre el positivismo normativista de Harta y la concepción del “derecho como integridad” de Dworkin, quien desde su obra postula un sistema jurídico integrado por una variante de estándares que no funcionan como reglas, sino que operan de una manera diferente; y en cuyo contexto alude a las directrices políticas relativas a objetivos a ser alcanzados en distintos campos de la comunidad (políticos, sociales, económicos) y los “principios” como estándares dirigidos básicamente a los operadores jurídicos

cuando a ellos les corresponde determinar derechos y deberes que les pertenecen a los ciudadanos.²⁴

He recurrido a estos autores para contextualizar nuestro principio constitucional de actuación conjunta para la tutela de los derechos fundamentales, en la idea de descubrir al mismo como una parte preponderante del derecho que opera como particular fuente de derecho – diferente de las reglas jurídicas – en función de la cual nacen deberes de actuación pública conjunta, para determinar derechos de los ciudadanos y del nacimiento de relaciones jurídicas, tanto de las administraciones entre sí, como de todas ellas frente a los ciudadanos y su centralidad en el derecho.

El principio constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de derechos fundamentales, es un principio jurídico implícito en el derecho argentino.

El mismo, como un estándar de derecho, se presenta al observador con los principales índices utilizados por Dworkin para calificar la presencia de un principio, en oportunidad de diferenciarlo con las reglas.

En este sentido resalto que: a) desde el punto de vista del “contenido” este estándar responde a un contenido “intrínsecamente moral” y de contundentes exigencias de justicia y equidad vinculados directa e inmediatamente a la centralidad de la persona humana en sociedades plurales; b) los destinatarios de este estándar son, en esencia, los órganos de las administraciones responsables de adjudicar los derechos de los ciudadanos en su núcleo existencial; c) este estándar no es fruto de un acto de creación sino el resultante de una trabajosa y polémica tarea de “descubrimiento”: y d) las contradicciones que el mismo genere con otros principios no se rige por las reglas de la derogación o validez sino por una “dimensión de peso o importancia” que debe tener en cuenta quien resolverá el conflicto.

²⁴ VIGO, R., *Implicancias de los Principios en la Teoría Jurídica de Ronald Dworkin*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, Santa Fe; Argentina, 1993.

Es un principio constitucional implícito y no explícito, en la medida que no ha sido emanado o dictado expresamente en la norma constitucional, sino que el mismo debe ser extraído por descubrimiento e inferencia.

En este sentido, este principio constitucional debe ser “descubierto”, en tanto constituye una realidad que, como operadores jurídicos tenemos que hacerla patente por estar tapada, cubierta, ignorada o escondida en el derecho argentino. Esta operación de sacar a la luz el estándar jurídico, es por conducto de una técnica de “inferencia”; con la cual arribaremos a una consecuencia luego del análisis de otras realidades o componentes que la circundan o sostienen.

Se descubre desde distintas ópticas disciplinares y dentro de ellas, por cierto, desde el derecho, a través de procedimientos inductivo como deductivo. En el primero se realiza tomando distintas normas jurídicas constitucionales para extraer de su juego armónico el nuevo estándar constitucional, En el segundo se toma un estándar general de la centralidad de la persona humana para obtener el principio por una relación de implicación que tiene en cuenta las consecuencias, los valores o los intereses tutelados.

De tal modo, el reconocimiento y descubrimiento de un principio constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de derechos fundamentales, responde a una imperiosa necesidad resultante de fundamentos sociológicos, filosóficos y jurídicos con una fuerte dimensión de moralidad comprometida en la protección de intereses bienes o valores inherentes a la centralidad de la persona humana.

Mientras el derecho administrativo argentino, en sus correspondientes dimensiones territoriales no nos presente reglas jurídicas federales y locales de actuación conjunta imperativas para atender derechos fundamentales, dicha actuación ha de construirse sobre la premisa del reconocimiento del principio constitucional de actuación transversal o en red por parte de todos los sujetos endonacionales responsables.

En la sociología encontramos fundamentos que abonan el principio de actuación conjunta, transversal o en red para la tutela de derechos fundamentales; más allá de los modelos cerrados de cada dimensión territorial.

La actuación conjunta, en este sentido, siendo resultante de un ámbito de discusión democrática desde abajo hacia arriba -desde lo local a lo endonacional y/o global-, permite al grupo social local controlar a los grupos u organizaciones de las otras dimensiones territoriales endonacionales y hasta fuera de las fronteras nacionales.

Se ha formulado, en ese contexto, un análisis de valor respecto de lo contemporáneo en los modelos de organización estatal.²⁵ A esos efectos, se ha recurrido al diseño del panóptico –proveniente de Michael Foucault, quien utilizó el proyecto frustrado de Jeremías Bentham– para considerar la organización del poder estatal en el modelo clásico y vertical. El panóptico constituye un diseño arquitectónico según el cual desde un solo punto puede observarse la totalidad de su parte interior. En autor referido ha dicho que “la condición y el efecto de la institución panóptica era la inmovilización de sus súbditos: La vigilancia existía para prevenir las fugas, o al menos para impedir movimientos autónomos contingentes y erráticos”. Sucede que en los tiempos que corren las fronteras y los poderes se diluyen o flexibilizan mutando en el espacio, haciendo difícil verificación de sus contornos y alcances. El crecimiento de las tecnologías de la información ha conducido a la creación de otro mecanismo, junto al panóptico, al que el citado autor asigna el nombre de “sinóptico” considerándolo global por su naturaleza.

Entiendo así que, nada más cerca de la realidad en tanto la noción de sinopsis en su primera acepción del *Diccionario de la Real Academia Española* se enfoca como una gráfica que muestra o representa cosas relacionadas entre sí, facilitando su visión conjunta.

²⁵ BAUMANN, Z., *La Globalización: Consecuencias Humanas*, San Pablo: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 71 y ss.

En este aspecto se ha sostenido que: “El panóptico obligaba a la gente a ocupar un lugar donde se pudiera vigilar. El sinóptico no necesita aplicar la coerción: seduce a las personas para que se conviertan en observadores. Y los pocos a quienes los observadores observan son rigurosamente seleccionados. (...) En el panóptico, o algunos locales selectos, vigilaban a otros locales (y antes de su aparición, los locales de más baja categoría observaban a los selectos). En el sinóptico, los locales observan a los globales. La autoridad de estos últimos está asegurada por su misma lejanía; los globales están literalmente ‘fuera de ese mundo’, pero revolotean sobre los mundos de los locales de modo más visible, constante y llamativo”.²⁶

Desde la filosofía y la teoría general del derecho, conforme vimos en el marco teórico, no se puede negar la realidad relativa a que determinadas materias y casos concretos no son susceptibles de ser atendidos por los sistemas jurídicos apoyados en una concepción de los mismos sobre las premisas de la regla del legislador y de concepciones rígidas de los mismos.

En doctrina se plantea la necesidad de flexibilizar a los sistemas jurídicos frente a las situaciones jurídicas concretas, y ello es el reflejo de la increíble complejidad del mundo jurídico. Se ha dicho que: “Ello sucede particularmente en nuestra época, en la cual, como señala Danilo Zolo, el sistema legal del ‘gobierno de la ley’, con sus características formales de limitada flexibilidad y reducida capacidad para la adaptación y la autocorrección, parece mal ajustado al ejercicio de un control efectivo y oportuno de la creciente variedad y variabilidad de los casos que surgen de una sociedad compleja. Y esto continúa así a pesar del torrente de producción legislativa que se ha originado tanto en fuentes centrales como locales, lo mismo que en el nivel internacional donde un número en aumento de organizaciones supranacionales superponen de manera caótica sus propias normas al ordenamiento interno de los Estados. La consecuencia de ello es que la soberanía normativa de los textos constitucionales

²⁶ *Ibidem*, pp. 72-73.

atribuyen tradicionalmente —y hoy un poco retóricamente— a los legisladores parlamentarios es, en realidad, usurpada por los intérpretes”.²⁷

El tratamiento del derecho en la teoría general, se proyecta directamente sobre nuestro derecho administrativo. El derecho administrativo del siglo XXI nos enfrenta, por ende, a una redefinición de la relación entre la Administración y la ley, donde la ley formal insuficiente o “silente” no es liberadora de responsabilidades de la Administración para actuar como intérpretes y, sobre todo, para cumplir mandatos jurídicos inherentes a la centralidad de la persona humana en este nuevo siglo.

No debe reconocerse, por ello, un monopolio de la regla del legislador. La Administración puede actuar también en supuestos de silencios normativos, en función del denominado “principio de cobertura constitucional”.²⁸

El instituto de la habilitación constitucional para actuar como cobertura constitucional no es un núcleo temático que deba ser analizado aisladamente, es una noción de legalidad que tiene que ser interpretada de forma dinámica y conforme al desarrollo del derecho más allá de los aspectos funcionales de los poderes legislativos y ejecutivos.

La función jurisdiccional es central para la aplicación de las habilitaciones constitucionales, sin ley en materia de derechos humanos o de los derechos fundamentales respectivos.

La habilitación del Poder Ejecutivo para actuar directamente desde la norma constitucional —ante el vacío o insuficiencia de la norma del legislador— debe ser complementada, por ende, con los criterios que el sistema jurídico construye por medio de las decisiones jurisdiccionales.

²⁷ GRÜN, E., op. cit., pp. 65-66.

²⁸ VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, op. cit. TII, pág. 13.

Los jueces, en forma creciente, condenan por inacción de las administraciones públicas para la tutela de derechos fundamentales o sociales. Se convierten en jueces de fronteras entre la legalidad formal, la “ilegalidad formal” (pero no jurídica en sentido amplio o de juridicidad), argumentando y decidiendo los casos atinentes a derechos humanos o de intereses, bienes y valores protegidos constitucionalmente de manera colectiva, con sentencias de condenas hacia el estado por omisión frente a compromisos genéricos internos y externos asumidos por los distintos niveles de poder (nacional, provincial y local). No son obstáculos para ellos, como debe ser, los vacíos, insuficiencias normativas o las limitaciones presupuestarias que puedan invocarse en los procesos para intentar una oposición a reconocer el núcleo de los derechos humanos, de incidencia colectiva o social afectados en los casos concretos.

La habilitación constitucional para actuar para la tutela de los intereses, bienes o valores aludidos, más allá de los vacíos o insuficiencias normativas, es consecuencia de una interpretación dinámica de la jurisprudencia y, particularmente de los criterios judiciales en las sentencias dictadas en materia de responsabilidad de la Administración por omisión en materia de tutela de derechos fundamentales.

Se trata de una técnica que, combinando construcciones jurídicas constitucionales y jurisprudenciales, se convierte en el instrumento apto por medio del cual se habilita a atender en sede administrativa derechos fundamentales y de forma previa a que se traslade al ámbito judicial la solución del conflicto.

Actuará, jurídicamente, por medio de un procedimiento democrático y participativo –de comunicación o discusión intersistémica –, en el que se dictará un acto final. Será una actividad jurídica complementaria del principio constitucional, como un ejercicio de potestad de aplicación del ordenamiento jurídico correspondiente a una dimensión jurídica federal o provincial según se corresponda al caso administrativo objeto de tratamiento. El acto final, en definitiva, aparecerá como complementario de aquel principio constitucional; pero debe

responder al modelo jurídico de coherencia que el caso exija de los operadores jurídicos.

Traigo a cita ahora a un querido y joven profesor brasileiro que ha trabajado, en dicho sistema de la República Federativa del Brasil, oponiéndose a que el Estado pueda licuar sus responsabilidades invocando una “reserva del posible” para no reconocer la efectivización de los derechos fundamentales.²⁹

El profesor citado ha sostenido que:

“Siguiendo este razonamiento, se concluiría que los derechos fundamentales deben ser realizados por el Poder Público en la medida de lo financieramente posible, de suerte que, si no hubiere recursos disponibles, se justificaría la violación de dichos derechos por omisión estatal. Es decir: el Estado sólo estaría obligado a atender las imposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales, si eso no comprometiera demasiado los cofres públicos. La idea resultaría en admitir, por ejemplo, que los hospitales públicos no están sujetos al atendimento del derecho fundamental a la salud –ignorando la literalidad del artículo 6º y 195 de la Constitución brasileña– cuando la demanda es excesiva, ni reparar los daños derivados de esta omisión. Se olvida, por lo tanto, del deber de diligencia en la realización optimizada y maximizada de los comandos constitucionales, desdoblamiento inequívoco del principio constitucional de la eficiencia administrativa.³⁰ Así, hay que concordar con Romeu Felipe Bacellar Filho, para quien la ‘reserva del posible’ no puede encontrar acogida en el ordenamiento jurídico brasileño, siquiera

²⁹ HACHEM, D., “Responsabilidad civil del Estado por omisión: una propuesta para de relectura de la teoría de la faute de service” *Revista de Derecho Administrativo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, núm.13, 2012.

³⁰ GABARDO, E.; HACHEM, D. W., “Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* o princípio constitucional da eficiência administrativa” (Orgs. A. D. de M. Guerra; L. M. F. Pires; M. Benacchio) em, *Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos*, Quartier Latin, São Paulo, 2010, pp. 255-256.

como excluyente o atenuante de la responsabilidad civil del Estado en los casos de omisión.³¹ Entenderlo de forma diversa conduciría a la negación del carácter normativo del principio constitucional de la eficiencia administrativa, lo cual impone al Estado la obligación de realizar fielmente el interés público plasmado en el Derecho Positivo, mayormente en lo que toca a la efectivación de los derechos fundamentales.³² La materialización de dichos derechos a través de la actividad administrativa retrata exigencia no solamente del principio de la eficiencia (artículo 37, *caput*, de la Constitución brasileña), sino también de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales, en virtud del artículo 5º, § 1º de la Constitución.³³ Este dispositivo, combinado con el principio de eficiencia, tiene el propósito de obligar a la Administración Pública a promover con la máxima eficiencia los servicios necesarios para satisfacer las necesidades más esenciales del ciudadano, imprescindibles para la concretización del principio fundamento de la República Federativa de Brasil: la dignidad de la persona humana (Art. 1º, III, CF).³⁴

Debemos ir por más en nuestro sistema constitucional. Debemos ir por una obligación constitucional de actuación conjunta para la tutela de derechos fundamentales proveniente de la centralidad de la persona humana diseñada por la reforma constitucional de 1994. Ello, entre otros, con fundamento en las normas de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente (Vg.

³¹ BACELLAR FILHO, R. F., *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 243.

³² FINGER, A. C., “Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais”. *A&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 12, 2003, pp. 142-165.

³³ “Art. 5º. (...) §1º. Las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”.

³⁴ HACHEM, D. W., “A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana”, *A&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 34, 2008, p. 59-71.

Art. 41, 42, 74 inc. 22, 23, 17; y ccss. de la CN) e interpretados dinámicamente con la legitimación particular y colectiva que confiere el Art. 43.

El juego armónico de las normas lleva, sin duda, a una obligación de actuación sinérgica de todos los responsables para tutelar derechos fundamentales, sea cual fuere el nivel al que pertenecen en la distribución territorial. La responsabilidad, por ejemplo, de un niño en situación de calle, con una discapacidad grave, y quizás migrante, es configurativa de responsabilidades no sólo del orden municipal o local donde se produce la situación de hecho, sino también de los distintos niveles superiores (provinciales y nacionales) que han asumido compromisos genéricos de orden interno o internacional para su tutela y/o han desarrollado planes generales o de gobierno conforme a razones de progreso, cuyo “daño colateral” (en el ejemplo: el niño discapacitado, en situación de calle y migrante) debe ser asumido solidariamente por todos los actores públicos responsables, es decir, de modo multinivel o multidimensionalmente y sin posibilidad de licuar su responsabilidades con inacciones que esperen a que otro poder del Estado lo suplante por sus irresponsabilidades (sea el poder administrador o el órgano jurisdiccional sobre el que no recae la responsabilidad constitucional primaria de realización de los derechos fundamentales).

No pueden invocarse, frente al núcleo del derecho fundamental, razones de “presupuestos inelásticos” y tampoco la Nación o la Provincia podrían esconderse tras fundamentos de regímenes de distribuciones de fondos apoyados en principios de federalismo dual, de separación estricta del orden federal y los provinciales y locales.

En una publicación anterior he analizado el impacto de la reforma constitucional de 1994 en materia de actuación conjunta.³⁵ He

³⁵ REYNA, J. J., “Las Facultades Locales sobre los Establecimientos de Utilidad Nacional. Facultades Locales Concurrentes. A propósito de inmuebles públicos de valor cultural en la ciudad de Santa Fe”. en *Cuestiones de Intervención Federal, Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento*,

dicho, en tal sentido, que la Constitución de 1994 se ha enrolado en la corriente constitucional de finales del siglo pasado, modulando el modelo vertical de organización estatal y de primacía del orden federal que el Art. 31.

La tutela constitucional de una serie de intereses, bienes o valores que, por ser fundamentales, operan transversalmente o en red en nuestro sistema federal de gobierno exigen de los poderes públicos actuaciones conjuntas no susceptibles de ser obstaculizadas con fundamentos competenciales jurisdiccionales previstos y diseñados para el anterior modelo dual de la aludida organización estatal.

El Derecho, en definitiva se presenta con fronteras cada vez más permeables. Lo mismo sucede con las fronteras que separan a las administraciones públicas³⁶ y a éstas de los ciudadanos cuya participación en las gestiones públicas se exige como requisito para el respeto de la esencia de la democracia.³⁷

Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. Buenos Aires: RAP.

³⁶ La sanción de la Ley 24240 –modificada por la 26361– relativa a la defensa del consumidor, es uno de los ejemplos paradigmáticos a partir de los cuales se han generado administraciones públicas de distintas dimensiones jurídicas (nacionales, provinciales y municipales) para la atención para la atención y tutela de un mismo bien jurídico. La realidad jurídica exige de una sincronización de ellas en materia de organización y de acción. El establecimiento de una red multidimensional o de nuevas técnicas administrativas que permitan atender esta realidad compleja.

³⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Reforma Administrativa y Nuevas Políticas Públicas*, Diputación Provincial, Lugo, 2007, p. 33, ha dicho que: “Por eso, la determinación de los objetivos de las políticas públicas no pueden hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura como un objetivo público de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia. Una actuación pública que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se

La actuación en red o conjunta puede ser inferida, por ejemplo, por una interpretación armónica del citado Art. 41 CN (medio ambiente y patrimonio cultural), sumado al reconocimiento constitucional de los derechos de incidencia colectiva del Art. 43 y a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia en precedentes centrales que reconocen a los derechos de incidencia colectiva relativos a bienes colectivos. Dichas normas le otorgan al medio ambiente y a la tutela del patrimonio cultural el carácter de Derecho Fundamental conforme a criterios estructurales que apuntan a la tutela del ordenamiento al interés jurídico de los ciudadanos, confiriendo legitimación para su reacción.³⁸

Creo que, desde el punto de vista constitucional, el Art. 41, al imponer de modo general e indiscriminado a las autoridades la preservación del patrimonio cultural,³⁹ está formulando una imposición constitucional de actuación transversal o en red, que convoca obligatoriamente a todas las autoridades o administraciones —cada una con su propia dimensión jurídica— alcanzadas por el caso particular inherente a la preservación del patrimonio cultural.

El funcionamiento armónico de dicha norma, con los derechos de incidencia colectiva reconocidos por el Art. 43 y la transversalidad

formula solamente como objetivo político, sino que las nuevas políticas públicas exigen la práctica de la participación como método político”.

³⁸ Causa CSJN “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo” M.1569 XL; ORIGINARIO; 8 de julio de 2008.

³⁹ La reforma constitucional de 1949 tenía una previsión que aludía expresamente al “patrimonio cultural”. Su Art. 37 IV, inc. 7 establecía que: “Las riquezas artísticas e históricas, así, como el paisaje natural cualquiera que sea su propietario, forman parte del patrimonio cultural de la Nación y estarán bajo la tutela del Estado, que puede decretar las expropiaciones necesarias para su defensa y prohibir la exportación o enajenación de tesoros artísticos. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica que asegure su custodia y atienda su conservación”.

de los tratados según el Art. 75 inc. 22, es lo que impone, según estimo, el reconocimiento de un principio constitucional de mayor porte de aplicación a la tutela del resto de los derechos fundamentales referidos a la centralidad de la persona humana.

He propuesto calificar a dicho principio como “principio constitucional de actuación conjunta o en red para la tutela de derechos fundamentales”. Entiendo que esta premisa subyace en nuestro sistema jurídico proveniente de la reforma constitucional de 1994, conforme a la cual nuestra Nación ha asumido un compromiso de orden internacional para la tutela de derechos fundamentales.

En el funcionamiento del sistema, frente a sentencias de condena de los tribunales internacionales, la Nación Argentina y el resto de los ordenamientos domésticos no pueden invocar razones de Derecho interno para justificar la falta de adopciones de medidas para superar la no atención de derechos humanos afectado en el caso.⁴⁰

Corolario razonable de esto es que, si a la salida del sistema (con la sentencia de la CIDH), no pueden esconderse las administraciones domésticas en razones de Derecho interno o de federalismo dual para actuar y responder frente a la persona humana, tampoco pueden hacerlo al inicio del funcionamiento del sistema frente al caso concreto, es decir, en sede administrativa frente a personas humanas lesionadas en el contexto de una relación jurídica compleja. Una relación jurídica, por ende, donde las administraciones públicas domésticas (Nación, Provincia y orden local) comprometidas en el caso son legitimados pasivos directos por obligaciones jurídicas provenientes del sistema jurídico argentino al que hemos dado nacimiento en ejercicio de competencias propias (Art. 75 inc. 22 CN).⁴¹

⁴⁰ CSJN “Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza L.733 ORIGINARIO sentencia del 13 de febrero de 2007. Considerando 6°.

⁴¹ La CSJN en el citado caso Lavado, luego de considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que las razones de derecho

En el funcionamiento del sistema endonacional, precedentes de nuestro Máximo Tribunal también condenan a la actuación conjunta para la tutela de derechos fundamentales como el medio ambiente. La sentencia de la Corte de Justicia en la aludida causa Mendoza (*vid. infra*. 1.1. del Capítulo V), como se verá, ha condenado a las administraciones públicas de distinto nivel a actuar de modo conjunto al diseñar una organización administrativa endonacional especial para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo. Una organización especial compuesta de elementos provenientes de distintos órdenes jurídicos; sin fronteras y más allá de los compartimientos estancos competenciales (nacional, provinciales, de ciudad autónoma, de gobiernos locales, de la Universidad Nacional de Buenos Aires, etc.). La Corte, incluso, ha instituido a un juez federal para actuar en la ejecución de la sentencia de la Corte Suprema, con potestades de control sobre actos dictados por las administraciones de distinto nivel y ello, más allá de que la configuración de su competencia territorial y funcional – contencioso administrativa– no refiere a dichos ámbitos endonacionales.

En el contexto de esta causa, en el funcionamiento del sistema endonacional, el juez de ejecución de sentencias de la causa medioambiental ha intimado a autoridades de distintas dimensiones jurídicas a que trabajen –en lo que indica– en forma conjunta y coordinada bajo pena, en caso contrario, de soportar en forma automática multas diarias fijadas en pesos, conforme a los fundamentos que expuso.⁴²

interno no pueden justificar la falta de medidas conducentes a superar la situación existente y frente a la reiteración de las situaciones y que no logran ser modificadas decide intimar al Estado Nacional e instruir a la Suprema Corte de Mendoza y a los tribunales locales a que hagan cesar las cuestiones que indican , susceptibles de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

⁴² Sentencia del 9 de marzo de 2011 –punto IV del la parte resolutive–, Juez Federal de Quilmes, autos: “ACUMAR s/ Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios” (expte. 25/09) de los autos principales expte. 01/09, caratulado: “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y

De esta forma, considero que si a la salida del sistema endonacional por medio de decisiones jurisdiccionales se hace efectiva también la responsabilidad de actuación conjunta para la tutela de derechos fundamentales, como el medio ambiente, lo mismo debe considerarse al inicio del sistema, entendido esto en el sentido de que las administraciones deben hacerlo previamente en sede administrativa, con o sin resolución judicial al respecto. No tienen que trasladarse a los jueces las cuestiones que deben ser resueltas previamente en sede administrativa por parte de todas las administraciones responsables.

IV. CONCLUSIONES

Las consideraciones expuestas apuntaron al descubrimiento del principio constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de los derechos fundamentales. Este principio opera en el derecho administrativo con la fuerza de una regla jurídica imponiendo a las administraciones obligadas a atender en el caso concreto el núcleo existencial del derecho fundamental de modo conjunto.

A esos efectos, les corresponderá determinar el contenido jurídico del espacio jurídico multidimensional de actuación conjunta, pero ello fuera de los parámetros del Estado de Derecho Legal de sumisión de la organización y acción administrativa a la voluntad formal del legislador; es decir fuera de las jerarquías normativas clásicas entre la ley y el acto administrativo.

En los términos de la dogmática contemporánea se están proponiendo modelos más realistas de sistema jurídico que se adapten a los entornos y situaciones complejas. Sus conceptos son trasladables al principio y los efectos que el mismo importa en la regulación de nuestro espacio jurídico de actuación conjunta multidimensional.

Otros s/ Ejecución de Sentencia (en autos Mendoza, Beatriz Silvina y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ Daños y Perjuicios; daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo”).

Se ha dicho que: “Se trata de sistemas menos previsibles que muestran una estructura en forma de “jerarquía enredada”, en la cual los distintos niveles interactúan y se influyen entre sí, formando “bucles extraños”. Estos conceptos permiten explicar los fenómenos de distorsión de las supuestas jerarquías. Asimismo, esta clase de sistemas, por su flexibilidad, refleja mejor la dimensión valorativa del derecho y es compatible con la presencia de principios generales, adaptándose adecuadamente al hecho de la novedad que siempre entraña el caso concreto.”⁴³

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, J. P., “Modelos Jurídicos de Coherencia” *Revista Filosofía del Derecho*, Año 1 Número 1, 2012.

BACELLAR FILHO, R. F., *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Fórum, Belo Horizonte, 2007.

BAUMANN, Z., *La Globalización: Consecuencias Humanas*, San Pablo: Fondo de Cultura Económica, 1999.

BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I-B*, nueva ed. amp. y act. a 1999-2001.

COMADIRA, J. R., *Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, 2ª ed. act. y amp., Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.

FERRAJOLI, L., *Derecho y Garantías. La ley del más débil*, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2010.

- *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

FINGER, A. C., “Serviço Público: Um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais”. *A&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 12, 2003.

GABARDO, E.; HACHEM, D. W., “Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* o princípio constitucional da eficiência administrativa” (Orgs. A. D. de M. Guerra; L. M. F. Pires; M. Benacchio) em,

⁴³ VERGARA, Ó. (Ed.), “Teorías del Sistema Jurídico”, Granada, Comares, 2009, p. 323.

Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos, Quartier Latin, São Paulo, 2010.

HACHEM, D. W., “A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana”, *Ac&C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 34, 2008.

- “Responsabilidad civil del Estado por omisión: una propuesta para de relectura de la teoría de la faute de service” *Revista de Derecho Administrativo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, núm.13, 2012.

ITURRASPE, F., “Derecho Administrativo y derechos fundamentales: La actividad concertada de las administraciones públicas para la efectivización de los derechos humanos de las personas con discapacidad”.

NINO, C. S. *Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires: 1992.

REYNA, J. J., “Las Facultades Locales sobre los Establecimientos de Utilidad Nacional. Facultades Locales Concurrentes. A propósito de inmuebles públicos de valor cultural en la ciudad de Santa Fe”. en *Cuestiones de Intervención Federal, Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho. Buenos Aires: RAP.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Reforma Administrativa y Nuevas Políticas Públicas*, Diputación Provincial, Lugo, 2007.

RUIZ SANZ, M., *Sistemas Jurídicos y Conflictos Normativos*, Dykinson, 2002, Id. VLex:VLEX-BF313.

VERGARA, Ó. (Ed.), “Teorías del Sistema Jurídico”, Granada, Comares, 2009.

VIGO, R. L., *Constitucionalización y Judicialización del Derecho: Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional*, 1ª ed., Pontificia Universidad Javeriana; Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

- *Implicancias de los Principios en la Teoría Jurídica de Ronaldo Dworkin*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, Santa Fe; Argentina, 1993.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 10º ed. Madrid; Trotta, 2011.

CONFERENCIA CONCLUSIVA

SOBRE LA REVISION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

José Luis Meilán Gil

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de A Coruña

I. PLANTEAMIENTO

En distintos países por diversos autores se viene hablando de una nueva comprensión del Derecho administrativo. A título de ejemplo, Schmdidt- Assman en Alemania, Cassese en Italia o Muñoz Machado o Parejo en España. Nuevos acontecimientos de orden político, social y económico inclinan a revisar el Derecho administrativo. No se trata de algo sorprendente si tenemos conciencia de su propia naturaleza sobre lo que hace cuarenta y cinco años, en la preceptiva toma de posición en un concurso para acceder a la cátedra universitaria, hablando de la movilidad esencial de la materia administrativa, aludía a algo consustancial al Derecho administrativo: su servidumbre respecto de la oportunidad, su apego a la política. En el mismo sentido se habían manifestado ilustres autores como Posada Herrera en España, Hauriou – su clásica y paradójica expresión no exenta de humorismo: *l'État perpétuellement révolutionnaire*- Orlando en su *Primo Trattato* y la *silva oscura*, Wolff en Alemania. El citado Schmidt-Assmann se refiere a la constante revisión de las categorías y de los valores en presencia.

Este apego a la realidad cambiante constituye una gloria y una servidumbre para un Derecho que me gusta denominar de realización, vinculado al objetivo de que sean efectivos los intereses generales, de creciente amplitud y calidad en coherencia con el progreso humano, inherentes a la comunidad organizada de la convivencia que se denomina Estado. Desde ese punto de vista se pone en evidencia la ligazón del Derecho administrativo con el contexto histórico. De ahí mi reiterada convicción de considerar el Derecho administrativo como un fenómeno cultural en el que influyen las circunstancias que definen el momento en que se

desenvuelve. Las lentes jurídicas con las que nuestros maestros miraron o nosotros miramos la realidad pueden no ser ya útiles, porque no captan fenómenos que antes no existían o los desenfocan.

¿Hasta qué punto tiene sentido hablar de un nuevo Derecho administrativo? La revisión del Derecho administrativo la entiendo como un echar de nuevo la vista sobre la realidad circundante, y no como un apriorístico o inmaduro revisionismo, como un adanismo que haga tabla rasa de una tradición cultural. En la historia del Derecho administrativo ha quedado como orientación el esfuerzo por sistematizarlo de alguna manera, construyendo categorías desde las que pueda explicarse la numerosa producción normativa que afecta a la vida personal y a la vida en común. Es preciso ver qué categorías siguen siendo útiles, en qué medida han de ser adaptas o sustituidas o qué otras es preciso construir, en el convencimiento de que puede ocurrir que unas pierdan el protagonismo que tuvieron, sin que ello suponga necesariamente su extinción, como sucede con el servicio público.

Por su propia naturaleza y por su funcionalidad el Derecho administrativo no es un terreno propicio para la codificación, pero la versatilidad de la materia que trata necesita de manera imperiosa ser comprendida desde elementos de referencia que le den sentido y hagan fácil su aplicación o dicho de otra manera, ahora en boga, que sea concebido como un sistema y que hace muchos años dejó escrito Villar Palasí en el prólogo a mi libro “La cláusula de progreso en los servicios públicos” como una suerte de proclama de carácter metodológico. Si, de un lado, es peligroso perder el sentido de totalidad de un ordenamiento jurídico, no lo es menos intentar conseguirlo mediante abstracciones que pretendan ahormar en un prefabricado lecho de Procusto la abrumadora normativa que se extiende a nuevos campos.

Personalmente he procurado sortear esos peligros. Me he colocado en el bando de los *faiseurs de systèmes* al escribir “Las categorías jurídicas en el Derecho administrativo” con un método que está más cerca de la inducción científica que de la deducción

lógica. Lo que ahora se sostiene como novedad, partir de lo sectorial, de lo que tradicionalmente se ha llamado parte especial para construir la parte general (Shmidt-Assmann) lo hice, por ejemplo, para enfrentarme con la *autorización* y la *concesión* sirviéndome del análisis de algo tan concreto, y a la postre efímero, como el régimen jurídico de las centrales lecheras. Se trataba de evitar el peligro advertido por mi maestro de “desdeñar los detalles” y también de no quedarse en la descripción, peligro mayor en la actualidad en virtud de la exuberante información que proporciona el cauce de Internet y la amplísima actividad normativa producida por fuentes supra estatales, estatales e intra estatales.

Otro peligro que ha sido y sigue siendo frecuente es el trasplante de instituciones administrativas de un país a otro, sin tener en cuenta la propia cultura, sin advertir el rechazo correspondiente, en lo que ha influido la potencia política del país originario y, de un modo en ocasiones relevante, la *auctoritas* atribuida a la doctrina científica foránea. Por citar casos conocidos, de Francia se han exportado soluciones a sus propios problemas derivados de la peculiar concepción del contencioso-administrativo y la posición del prestigioso Conseil d'Etat. Las relaciones de sujeción especial son una importación de Alemania que responden a una arrastrada concepción propia del Estado y de la Administración que choca con postulados en que se asienta un Estado democrático con reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona. Las agencias reguladoras independientes, que están vinculadas al nacimiento del Administrative Law en los EEUU (Schwartz), responden a sus principios constitucionales y se han trasplantado de una manera generalizada a otros países como agencias o entes reguladores en sectores económicos, consecuencia de las privatizaciones de servicios públicos que no coinciden con las *public utilities* y, en todo caso, con sistemas constitucionales y ordenamientos jurídicos diferentes.

Como es lógico no estoy postulando un “espléndido aislamiento” o un nacionalismo refractario o excluyente, sino coherencia. El conocimiento de cómo otros ordenamientos jurídicos y doctrinas científicas se han enfrentado a problemas que pueden ser

comunes o cercanos estimula la reflexión, confirma convicciones o invita a rectificar y, en todo caso, enriquece y testimonia de la conveniencia de las reuniones internacionales.

II. CONCEPCIÓN DEL ESTADO Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Qué razones motivan que se haya planteado en la actualidad una revisión del Derecho administrativo. De una manera sintética podría decirse que nuevas realidades han planteado la duda acerca de la idoneidad de la sistematización que se ha venido haciendo de él conforme con la concepción del Estado y de la relación de éste con la sociedad. Prescindiendo de la consideración de lo que he denominado dialécticamente como “Derecho administrativo desconocido” para referirme a etapas anteriores a la Revolución francesa y partiendo de la formulación de la división de poderes y su diferente interpretación, es verificable que en los Tratados, Cursos o Manuales de Derecho administrativo para utilización académica siguen usándose categorías construidas en tiempos dominados por una concepción del Estado que no es coincidente con la actual. Para decirlo de una manera simplificada, corresponden a un Estado liberal de Derecho en unos casos y en otros a un Estado social de Derecho, que no creo que deban considerarse como una sucesión de etapas del Estado entendida en un sentido absoluto. Marcan la tendencia dominante, como la nota que da tono a la canción. Cada una de ellas ha aportado elementos -que en buena medida conviven no sin generar alguna contradicción- a lo que hoy significa el Estado social y democrático de Derecho, se defina así expresamente, como en la Constitución española, o se reconozca de una manera que a él se reconduzca, en el que los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar anteriormente desconocido.

La misma noción de Estado de Derecho no escapa a esa apreciación. Fue considerado en sede doctrinal alemana con un discutible carácter milenarista, que hoy podría traducirse por el ampliamente rechazado “fin de la historia”. En todo caso, no se limita a describir una relación del Estado con la sociedad. Tiene no poco de proclama reivindicadora para rechazar el Antiguo

Régimen, como sucedió en Francia con la Revolución en una aproximación realista desde el punto de vista filosófico o condicionada en Alemania por el idealismo: el Estado debe actuar conforme a Derecho (Stahl), la Administración, integrada en el Poder ejecutivo, para actuar de ese modo, ha de estar vinculada a la regla jurídica, en definitiva a la ley. Se abominaba del Príncipe *legibus solutus*, pero se atribuía a la emergente Administración prerrogativas de aquel como han dejado escrito Tocqueville y Cormanin.

Aunque el Estado de Derecho sea un denominador común y sus finalidades sean compartidas, los fundamentos no son coincidentes, como se manifiesta en las obras de los que pueden considerarse como fundadores de los respectivos Derechos administrativos nacionales europeos, Hauriou y Duguit de una parte y Otto Mayer de otra como referencias, y en las instituciones jurídico-administrativas de uno y otro país. No es cuestión de desarrollarlo, baste con señalar la diferente configuración de la revisión jurisdiccional de la actividad de la Administración; la no admisión en Alemania de la categoría del servicio público francés y su inclinación, en cambio, por la actividad prestacional; la resistencia al *contract administratif* y el apoyo en la *Fiskuslebre*, exponente de la influencia del Derecho romano a través de la Pandectística.

En el Estado liberal en que escribe Hauriou, según sus palabras, “la sociedad civil tiene más importancia que las formas políticas que les sirven de envoltura protectora”. Duguit, no obstante su consideración del servicio público como fundamento del Estado, con repulsa de la soberanía y de la sacralidad de la imposición del poder, se opone con rotundidad a la teoría de la personalidad del Estado defendida por Laband y Gerber. En cambio no es sorprendente que en Alemania, donde se había afirmado que “el Estado es la realización de la idea moral o ética” (Hegel) se haya escrito con naturalidad sobre el cambio del Estado liberal al social por Carl Schmitt en estos términos: “El Estado se convierte en auto organización de la sociedad... la sociedad convertida en Estado se transforma en Estado económico, cultural, previsor, benéfico. En él ya no existe sector alguno frente al cual pueda

observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención”. El nacionalsocialismo lo llevará a sus últimas consecuencias e influirá en el primer Forsthoff, que acuñará la *Daseinvorsorge* o procura asistencial, exponente de la conformación de la sociedad por el Estado.

Unas y otras aportaciones llegan a nuestros días pasando por la euforia europea de las nacionalizaciones y empresas públicas, de la que participó el Reino Unido, para terminar en privatizaciones y liberalizaciones con predominio teórico del mercado, que ha llevado a Muñoz Machado a hablar del Estado regulador como definitorio de la situación actual, desde el que habría de entenderse un nuevo Derecho administrativo. Se habría superado la etapa del Estado gestor (Esteve Pardo).

Con respeto por el admirable esfuerzo que se lleva a cabo, la realidad más reciente, dominada por la crisis financiera que ha arrastrado a una crisis económica suficientemente generalizada, revela que el Estado gestor no ha desaparecido. En países de Europa el Estado se ha convertido en accionista de Bancos o los ha nacionalizado, como ha ocurrido en España. El Estado no se ha limitado a la regulación de las entidades de crédito que, por otra parte tiene en España una larga historia bajo regímenes políticos diferentes y tan intensa que en la doctrina científica se les ha aplicado la categoría jurídica de ordenamiento especial importada de Italia o se les haya incluido en la de relación especial de sujeción de origen alemán (*besonderes Gewaltverhältnis*) con repercusión en materia de sanciones administrativas.

III. LA SUPERACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL

El Derecho administrativo, que podríamos considerar tradicional en el sentido de que es el recibido y explicado en foros académicos, teniendo incluso en cuenta las variaciones antes sucintamente expuestas, se refiere a Estados nacionales. La circunscripción del Derecho administrativo a un Estado nacional revela características particulares que impiden su generalización más allá de sus fronteras.

Un caso paradigmático es la concepción centralista del Estado que Hauriou no duda en calificar como inherente al Derecho francés. Todavía en 1919, con referencia a la guerra de 1914-1918, escribirá: “Si la civilización se ha salvado, ha sido gracias a la centralización...Podremos renovar los hombres, modernizar las fórmulas, sacudir las rutinas, pero no cesaremos nunca de centralizar: el movimiento es irreversible”. Esa orientación que encuentra sus raíces en los postulados de los revolucionarios franceses que Tocqueville testimonia *-la centralisation que l'Europe nous envie-* se refleja en las Cortes de Cádiz de 1912 en intervenciones como la del Conde de Toreno: “los Ayuntamientos no son más que unos agentes del Poder Ejecutivo; pero se prefiere que esos agentes sean escogidos por sus propios vecinos ... para alejar el que se deslicen y propendan insensiblemente al federalismo, como es su natural tendencia, se hace necesario ponerles el freno del Jefe Político, que nombrado inmediatamente por el Rey, los tenga a raya y conserve la unidad en las medidas del Gobierno”. Contra esa opinión se expresó el Diputado costarricense Castillo de una manera categórica. En la doctrina científica, Gómez de la Serna en sus *Instituciones del Derecho administrativo* publicadas en 1843 concluye un largo pasaje laudatorio aseverando que cuando la centralización y la unidad se consumen “habrán desaparecido las causas que más complicado hacen hoy el estudio del derecho administrativo”.

Las profecías del autor francés y del español no se han cumplido en asunto que afecta a los entes locales. La Constitución de 1978 les reconoce autonomía en un Estado compuesto o, como mínimo, descentralizado políticamente. Esa autonomía implica un núcleo esencial de intereses propios garantizados constitucionalmente en el que se incluye la de carácter financiero. Descontando que las entidades locales son, como dice el preámbulo de la Carta europea de autonomía local “uno de los principales fundamentos de un régimen democrático” -son gobierno y no solo administración- el problema permanente, agudizado en momentos de crisis, es asegurar hasta qué punto se encuentren en condiciones de prestar los servicios públicos que se les demandan. La Constitución de 1812 preveía constituir un

Ayuntamiento donde hubiese un pueblo de “mil almas”. No es difícil concluir que difícilmente ese número sea suficiente para prestar los servicios que requiere la altura de los tiempos.

La solución ha de encontrarse en una remodelación que preserve el citado núcleo esencial de intereses propios de los entes locales, porque es preciso hacerlo compatible con las obligaciones del Estado del que forman parte, adquiridas como consecuencia de la integración de España en la Unión Europea que en el artículo 104 del Tratado obliga a los Estados a evitar déficits públicos excesivos. La estabilidad presupuestaria, que ha obligado a reformar el artículo 135 de la Constitución, ha impuesto a los entes locales no poder endeudarse por arriba de un nivel predeterminado y, transitoriamente, la necesidad de contraer compromisos para obtener financiación estatal con el fin de sanear sus haciendas y poder pagar a proveedores. Pero la revisión de la Administración local que se ha llevado a cabo para cumplir en esa exigencia comunitaria excede con mucho de ella y responde a criterios de política interna que no es del caso analizar ahora.

Tampoco la profecía de Hauriou se cumpliría en lo que tiene de *chauvinismo*. Hoy es preciso contar con el fenómeno de la integración de Estados en realidades supranacionales, del que es un ejemplo significativo la Unión Europea que acaba de citarse, con la consiguiente repercusión en los ordenamientos jurídicos nacionales. Los Estados ceden soberanía, como pone en evidencia la constitución de la zona euro para enfrentarse con la actual crisis: los Estados carecen de política monetaria, no pueden devaluar la moneda, ni variar los tipos de interés.

El Derecho comunitario es Derecho propio de los Estados miembros, con todas sus consecuencias. El estudio y construcción científica del Derecho administrativo no puede ya llevarse a cabo en Europa sin el conocimiento de lo que es originariamente Derecho comunitario. Contratos públicos o regulación del medioambiente (red Natura, *ad exemplum*) con su incidencia en el urbanismo son ejemplos muy característicos de esa nueva realidad que viene a ser un *meeting point* de ordenamientos jurídicos nacionales de orientaciones diferentes.

El establecimiento y funcionamiento del mercado común, con respeto al principio de una economía de mercado y libre competencia, ha provocado un cambio en técnicas jurídicas, con prohibiciones de ayudas públicas, sometimiento de las empresas públicas o encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o con carácter de monopolio fiscal a las normas sobre la competencia siempre que no impidan un residual cumplimiento de la misión específica a ellas confiada (artículo 86 Tratado). El servicio público, en su configuración originaria, con actividad de contenido económico, titularidad del Estado y gestión por particulares mediante concesión, ha casi desaparecido, aunque resiste en algún sector y en el ámbito local y su idea permanece en el *servicio universal*.

En los servicios sociales de interés general o si se prefiere servicios públicos sociales, se ha producido un giro como consecuencia, no ya de una orientación ideológica, sobre lo que se tratará más adelante, sino para evadir las sanciones que los Estados podrían sufrir por haber incurrido en déficits públicos no permitidos (artículo 104 y Protocolo 20) que pueden llegar a la imposición de multas. La fórmula es la concesión, con distintas modalidades, con participación por tanto de los particulares y el correspondiente beneficio económico.

Aquellos servicios forman parte del sistema de Seguridad social levantado durante el anterior régimen político, en las décadas de los años cincuenta y sesenta, de gestión pública, en parte con una orientación mutualista, en el que expresamente se rechazaba la “existencia de lucro como móvil”, en lo que se insistía con reiteración. La Constitución de 1978 dispone que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social ... que garantice asistencia y prestaciones sociales suficientes (artículo 41). El éxito del sistema y la creciente demanda que implica la construcción de costosas estructuras por la Administración, directa o indirectamente, y por tanto computables a efectos de déficit público, han llevado, por la razón antes citada, a convertir lo que eran prestaciones sociales del Estado en un auténtico servicio público con el inherente beneficio económico del

concesionario, para sorpresa o escándalo de alguna doctrina (Villar Rojas).

Las legislaciones de los Estados miembros son armonizadas en cuanto incidan directamente en el mercado común o en materia de salud, seguridad, protección del medioambiente, armonización que se basará en un nivel de protección elevado “teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos”(artículo 95,3). Se eleva a carácter general la “cláusula de progreso”, característica de los contratos sobre gestión de servicios públicos y de concesión de obra pública (artículo 247,4 del TR de la ley de contratos del sector público). No existe responsabilidad ambiental (artículo 14,2 de la ley 26/2007) si se prueba que el daño fue causado por una actividad, emisión o producto que no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente “con arreglo a los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento”. En el mismo sentido se pronuncia la ley sobre prevención y control integrados de contaminación en relación con la autorización ambiental integrada al referirse a “las mejoras técnicas disponibles” (artículo 7 de la ley 16/2002)

La mejora continua de protección del medio ambiente que exige el Derecho comunitario se encontraba ínsita en la autorización del viejo reglamento de actividades molestas, insalubres molestas y peligrosas de los años sesenta del pasado siglo que no se otorgaba de una vez para siempre, sino que tenía un carácter continuado y exigía mantener el resultado perseguido por su otorgamiento. La protección y la sensibilidad son obviamente hoy mucho más amplias, pero la orientación jurídica subsiste ahora con mayor protagonismo de los ciudadanos.

IV. EL PODER SERVICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

La idea de poder inherente a la Administración Pública, así como su sometimiento a la ley son de aceptación general desde el comienzo de la construcción científica del Derecho administrativo. En el núcleo de la concepción de Hauriou se

encuentra la *puissance publique*, que con ardor combatiría Duguit. La Administración pública se entiende como personaje poderoso, titular de prerrogativas que le son connaturales para ejercer su función y que son impropias de los particulares y del Derecho que regula las relaciones entre ellos. Poder sometido al Derecho desde esa posición de superioridad relativa bajo el imperio de la ley, que tiene como base la equidad.

En diferentes momentos Hariou ha expuesto esas ideas centrales. En diálogo con Dicey, para reafirmar su convicción de la superioridad del *régime administratif* sobre el *common law* británico, sostendrá que el Derecho administrativo francés es “un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto”. Derecho de equidad, que considera derecho de concesión. El derecho administrativo “ha transformado la prerrogativa en equidad” El Derecho administrativo es “el derecho de los personajes poderosos que son las administraciones públicas, tal y como la centralización las ha hecho”. El personaje poderoso, dirá gráficamente, ha bajado del olimpo de su soberanía conservando, no obstante, vestigios de su soberanía.

Desde este punto de vista la misión del Derecho administrativo se verá como limitación de esas facultades exorbitantes, como una simbiosis de “poder público” y “comercio”. La fundamentación del Derecho administrativo sobre la Administración, titular de prerrogativas o privilegios, ha sido mantenida por doctrina científica relevante. Uno de sus más brillantes exponentes, García de Enterría, lo definirá como el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, un Derecho estatutario de la Administración y todas sus autorizadas aportaciones irán dirigidas a limitar ese poder: lucha contra las inmunidades del Poder, contra la arbitrariedad que ha sido recogida en la Constitución. Desde esa perspectiva el Derecho administrativo es, en síntesis generalizadora, Derecho de la Administración Pública.

En 1967, reconociendo su valor, manifesté mi reticencia a admitir tal orientación. Puse el acento en lo que entonces denominé intereses colectivos como el campo de acción del Derecho

administrativo y enfatizar el carácter subordinado o vicarial de la Administración para realizarlos. La preocupación fundamental era evitar las consecuencias que podrían derivarse de la identificación de Administración Pública e interés general, de la consideración de aquella como su *dominus*.

Esta posición entroncaría con naturalidad en la Constitución de 1978, en cuya redacción intervine, cuyo artículo 103 subraya que la Administración Pública sirve los intereses generales con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Ese sometimiento barría de un plumazo toda inmunidad de poder. En un Estado social y democrático no hay una asunción monopolística de los intereses generales, como ha reconocido el Tribunal constitucional: “La configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad”.

La referencia a los intereses colectivos permitía incluir en el Derecho administrativo actividades de otros entes -Corporaciones públicas diversas - que no se integran en la estructura de las Administraciones Públicas, ni actúan siempre como delegados de ellas, así como organizaciones de consumidores y usuarios o relacionadas con la protección del medio ambiente. En 1975 se afirmó, no sin reticencia, que la vocación del Derecho administrativo “consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos” (Nieto)

Aún siendo las prerrogativas de la Administración una nota definidora del Derecho administrativo para Hariou, reconocerá la posibilidad de que “las prerrogativas de la Administración deben restringirse”. En esa línea se ha adelantado en su misma escuela que el poder de la Administración no es solo un “más” sino también un “menos”: *Administration plus puissance, Administration plus lié* (Rivero-Waline)

La cuestión, sin embargo, puede plantearse en un terreno más avanzado: el de la función y alcance de las prerrogativas. Hasta qué punto son admisibles los privilegios de la Administración. La reflexión parte del carácter servicial a los intereses generales, en lo

que se fundan las potestades que se reconocen a la Administración, un objetivo ajeno al Derecho privado, con el que no es necesario establecer la comparación que es patente en la noción de prerrogativa. La potestad pública está vinculada al fin que le asigna el ordenamiento jurídico y desde él es controlable, como expresa el artículo 106 de la CE, en relación con el quantum, el cómo e, incluso, el cuándo.

La Administración se encuentra obligada a razonar, motivar, el empleo de la potestad, trátase de actos o de normas administrativas. Las potestades son parte necesaria de la función encomendada constitucionalmente a la Administración como ha reconocido la jurisprudencia de un modo expreso: “Las potestades que la Constitución y las leyes encomiendan a la Administración no son privilegios, sino instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines y, en definitiva, para la satisfacción de los intereses generales”.

Desde esa perspectiva habría que rechazar una serie de privilegios que siguen atribuidos a la Administración, en las leyes o en la doctrina, como es el caso del privilegio de autotutela, un principio dogmático que explicaría las distintas manifestaciones de la actuación administrativa, en el ámbito procesal, en el de los contratos, patrimonio, sanciones. El acto administrativo sería su expresión concreta. En el sentido antes expuesto, resulta razonable sustituir el acto administrativo por una decisión de una órgano independiente para resolver si procede o no la modificación de un contrato administrativo, que con frecuencia encubre corrupción. En el mismo sentido pierde consistencia diferenciar las sanciones administrativas según sean consecuencia de autotutela o heterotutela; lo decisivo es la naturaleza del hecho sancionable. Resulta discutible la utilización de la prerrogativa de la “recuperación de oficio” de sus bienes por la Administración sin intervención judicial, ni siquiera cautelar, cuando no ha cumplido con su obligación de inscribirlos en el Registro de la propiedad. En general, la Administración no debe gozar de prerrogativas cuando incumple sus obligaciones, amparándose en la autotutela. La presunción de validez del acto administrativo, la presunción de veracidad de actas de inspección, el privilegio de

interpretación de los contratos administrativos, serían otras muestras para la revisión de lo recibido en favor de la posición de igualdad de las partes en el proceso, donde la prueba es fundamental para la decisión judicial.

La concepción subjetiva del Derecho administrativo deja sin explicar la regulación jurídica de actividades de otros poderes públicos que no son Administración, pero que realizan actividades administrativas distintas de las funciones que les definen constitucionalmente (Parlamento, Tribunal constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del pueblo, Consejo general del Poder Judicial, órganos de gobierno de Juzgados y Tribunales) o de Corporaciones de Derecho Público sin necesidad de integrarlas en la Administración. Esa orientación se ha recogido en el Derecho comunitario en materia de contratos públicos para identificar quién es poder contratante con independencia de la forma que revista, partiendo de que la noción de Estado debe ser objeto de una interpretación funcional (TJCE asunto 31/87) y en esa dirección el TRLCSP, engloba dentro del sector público entes que no son Administraciones Públicas.

Desde el comienzo de su andadura el Derecho administrativo ha tenido como preocupación controlar lo, que de un modo muy significativo en Francia se ha realizado mediante el recurso por exceso de poder. La brillante historia del Conseil d'Etat lo atestigua. Ha sido resumida como “la batalla eterna entre poder y libertad” (T. R. Fernández,). Derecho como un Jano bifronte “del poder para la libertad...porque hace posible ésta mediante el condicionamiento o limitación de aquel” (González Navarro), una *brilliant idea*, aunque equívoca. Las libertades públicas, como derechos fundamentales de la persona, están reconocidas por la Constitución; el poder ha de respetarlas y, en todo caso, hacer que se respete. No es función solo de la Administración sino del Estado (poder legislativo, judicial). El Estado social requiere una orientación más amplia.

En medio de esa lucha contra la arbitrariedad se presenta la discrecionalidad como una manera de ejercer el poder. Muchos de los esfuerzos realizados se han orientado en reducir su ámbito,

desde la *exención* de su control, patrocinada por la prohibición revolucionaria a jueces y tribunales de interferir en los actos de la Administración, a la *excepción*. No es cuestión de desandar el camino recorrido y recordar la importancia que han tenido los principios generales para el control de la potestad administrativa. Conviene subrayar que uno de esos principios, el de la interdicción de la arbitrariedad, es hoy un precepto constitucional que vincula a todos los poderes públicos. La arbitrariedad, con razón, se ha contrapuesto a discrecionalidad y se detecta por la ausencia o insuficiencia de la motivación. Es el mínimo a exigir y no ha de ser entendido en un sentido predominante formal.

El ámbito de la discrecionalidad es un campo de disputa doctrinal, en el que juegan las posiciones sobre la función de la Administración y sus potestades. En último término está la difícil cuestión de dirimir cómo se consigue mejor la realización del interés general que la Administración debe servir y del que ella no es un *dominus*. Los tribunales han de comprobar si la actuación de la Administración se corresponde al interés general, que ella misma declara servir, en el caso concreto a enjuiciar. El interés general se identifica con el fin que se persigue, expresado en la necesaria motivación y para cuya comprobación cooperan el principio de proporcionalidad y el más amplio de racionalidad y otros previstos en la norma a aplicar. Se aplica tanto a los actos de aplicación como a la misma norma que los enuncia.

La ley 2/2011 de economía sostenible (artículo 4), por ejemplo, establece una serie de principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las administraciones Públicas, algunos de los cuales pueden ser considerados desde la perspectiva del control jurisdiccional, más allá de directrices para una buena administración. Así, el de la necesidad, justificada por una razón de interés general, que no ha identificarse con una invocación genérica; el de proporcionalidad, “ser el instrumento más adecuado para la consecución del fin que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan el mismo resultado”.

Se ha insistido en las disposiciones reglamentarias o generales, porque que existe todavía tendencia a considerarlas como el ámbito natural de la potestad discrecional. Su límite es que “el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la naturaleza de las cosas o la esencia de la institución” (STS de 19 de febrero de 2008): se trataba de un reglamento de protección de familias numerosas que se anuló parcialmente porque algunos de sus preceptos, paradójicamente, no eran adecuados a la protección declarada. La motivación es exigida en ellas aunque de modo diferente a los actos (STS de 24 de febrero de 2010) y su falta o insuficiencia, “carencia de razón suficiente” es uno de los “cánones válidos para enjuiciar a Derecho las disposiciones generales”. El principio de la interdicción de la arbitrariedad “supone la necesidad de que el contenido de la norma no aparezca carente de fundamentación objetiva...se vincula así en su esencia última al ejercicio de la potestad reglamentaria” (STS de 16 de junio de 2003)

La ilegalidad de una norma reglamentaria por una omisión indebida presenta una cierta singularidad como se reconoce en una STS de 9 de febrero de 2011 que subraya la tradicional dificultad de admitirla por el doble obstáculo de la jurisdicción contencioso-administrativa y la consideración de la potestad reglamentaria como discrecional. No obstante se reconoce en una corriente jurisprudencial que no es rechazable *ad limine*, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o a que ésta se refiera a un determinado aspecto, aunque resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido, porque según el artículo 71.2 de la LJCA los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen.

Está en juego el tema discutido del límite de la capacidad de los Tribunales para verificar que la actuación de la Administración no

sirve debidamente el interés general en el caso concreto. El “gobierno de los jueces” se presenta como un peligro. El origen de ese temor viene de la división de poderes entendida por los revolucionarios franceses. Sigue latiendo el reconocimiento de la discrecionalidad como algo propio de la potestad que encontraría su límite en la arbitrariedad o irracionalidad. La llamada discrecionalidad técnica es muy expresiva. No existe una regla general, como no la hay para la aplicación de principios ya admitida como el de proporcionalidad. Pero no hay por qué seguir admitiendo, sin matización alguna, la intencionada formulación de que los tribunales no pueden colocarse en la posición de la Administración.

La explicación tradicional consiste en la legitimidad de la Administración para elegir una de entre varias alternativas que son conformes a Derecho, igualmente justas se ha llegado a decir, y diferenciar la discrecionalidad del concepto jurídico indeterminado que no admite esas alternativas. Con independencia de lo que he venido sosteniendo, que ambas figuras responden a diferentes fundamentos – decisión de carácter volitivo y constatación, propia del conocimiento- quizá haya llegado el momento de cuestionarse la misma discrecionalidad. ¿Hasta qué punto la necesidad de seguir sosteniendo la distinción entre potestad regalada y discrecional? La potestad se encuentra vinculada al fin que la justifica. La Administración no es neutral e indiferente al interés general que la ley o ella misma ha concretado y que constitucionalmente ha de servir.

V. NO NECESIDAD, SUSTITUCIÓN Y ALTERNATIVAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo es una categoría jurídica fundamental, incluso central en el Derecho administrativo no anglosajón, que llega hasta nuestros días. De una manera clara lo manifiestan Otto Mayer y Hauriou. El primero afirma que “el *Rechtsstaat* se perfecciona en virtud del acto administrativo”. El segundo, que el Derecho administrativo ha hundido su raíz jurídica en el acto de la administración...Desde un principio ha sido el acto objeto de las reclamaciones y los recursos”. Lo reitera al tratar de la declaración

de voluntad en diálogo con el Derecho alemán: el administrado “para obtener justicia deberá formular una reclamación administrativa ante la autoridad competente, y la decisión expresa o tácita de la misma constituirá el acto sin el cual no es posible el contencioso”. Es la conocida tesis de la necesidad del acto *préalable*, que reiterará al hablar de silencio administrativo, que viene condicionada por el carácter revisor de la jurisdicción administrativa, en un primer momento como revisora del acto y ahora con motivo del acto al enjuiciar el tribunal las pretensiones de las partes.

1. El silencio administrativo

Ese carácter previo del acto ha dejado de ser necesario en todo caso para acceder a la jurisdicción administrativa, la cual tiene que ver con “la actuación” de la Administración o en otros términos con el modo de ejercer sus potestades que abarca la actuación por vía de hecho –no hay acto jurídico- y el no ejercicio debido de la potestad.

Por lo que se refiere a la alambicada y, en ocasiones, tortuosa construcción del silencio administrativo sobre la fabricación de un reconocido acto tácito inexistente o un acto presunto para los supuestos del silencio negativo o positivo, recientemente he razonado que no es necesaria esa construcción, proponiendo otra de carácter procesalista: el tiempo del silencio, o con mayor propiedad de inactividad de la Administración, son plazos cuyo cumplimiento permite el acceso a la jurisdicción con o sin requerimiento o *interpellatio*. El reconocimiento de que el silencio negativo es una ficción lleva al contrasentido de tener que admitir el consentimiento de un no acto para poder recurrir ante el contencioso administrativo. La obligación de la Administración de resolver expresamente en el plazo determinado legalmente cuando no se cumple, que es lo que explica la institución jurídica del silencio, se convierte en un privilegio que choca con el derecho fundamental reconocido en el artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la UE a la buena administración elevada al rango de Tratado por el de Lisboa y que daría fundamento para un recurso autónomo, directo contra la Administración aunque el

interesado no hubiese recurrido en el plazo legal previsto para que surta efectos el silencio.

2. La autorización administrativa como excepción

El acto previo como instrumento de intervención administrativa en actividades a desarrollar por los particulares ha sido sustituido por declaraciones de estos en determinados ámbitos por imperativo de una Directiva comunitaria. La idea fundamental es eliminar las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre los Estados. La exigencia de autorización es una excepción, que solo puede ser utilizada por “razones imperiosas de interés general”, que comprende una enumeración nada despreciable de supuestos. El lugar de la autorización administrativa lo ocupan la declaración responsable y la comunicación previa.

Ni la comunicación, ni la declaración responsable son actos administrativos. Son actos de los particulares. El efecto favorable que se les reconoce dimana directamente de la norma, siendo los actos de los particulares “una carga necesaria para el despliegue de ese efecto” (López Menudo). No existe acto presunto y, en consecuencia, carece de toda justificación la obligación de que se dicte un acto administrativo confirmatorio si en el ejercicio de su actividad de control a posteriori la Administración constata que el ejercicio de la actividad declarada por el particular, iniciada o no, no es conforme a Derecho.

3. Alternativas posibles al acto administrativo

Otras alternativas se ofrecen al acto administrativo caracterizado por la unilateralidad de la imposición inherente al ejercicio de una potestad. Ha ocurrido históricamente en la elección del contrato por la Administración en el Derecho español, por contraste con lo que ocurrió en Alemania. En este sentido doctrina científica reciente ha dirigido la atención a la actividad arbitral de la Administración (M. García Pérez). De acuerdo con la finalidad aquí propuesta el análisis se limitará a lo que puede haber de novedad que requiera la respuesta adecuada del Derecho administrativo.

La actividad arbitral de la Administración no ha surgido en estos días (R. Parada), aunque se haya regulado con carácter general en 2003 y 2011. La Administración actúa como árbitro en una controversia entre particulares sometida al Derecho privado. Tiene un carácter voluntario. No supone el ejercicio de una potestad administrativa y su resultado no es un acto administrativo fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es discutible en la actualidad que las Administraciones públicas puedan acudir al arbitraje para la solución de las diferencias que surjan sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos públicos en los cuales ostentan prerrogativas expresamente reconocidas. En ese sentido habría que interpretar literalmente la posible remisión al arbitraje que se reconoce a los organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas (artículo 320 LCSP/2010). Una interpretación amplia constituiría una novedad ya que la controversia se plantearía entre Administración y el particular contratista. Es una cuestión abierta, al menos para aspectos de la ejecución y para la extinción.

Con carácter general se reconoce ese tipo de arbitraje en la ley 2/2011 de economía sostenible para los sectores regulados, en la línea de anteriores leyes sectoriales como la 32/2003 general de telecomunicaciones (artículo 48,3) que atribuye al organismo regulador la función de arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores, aclarando que esa función arbitral “no tendrá carácter público”. Nada nuevo por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del arbitraje, que concluye en un laudo. La novedad es que opera en actividades que son privadas, una vez que se han liberalizado o privatizado los servicios públicos correspondientes de titularidad de la Administración, y que se lleva a cabo por entes instrumentales independientes que no están sometidos al principio de jerarquía administrativa.

Otra modalidad, que no se refiere sectores regulados, es la prevista en relación con la Comisión de propiedad intelectual a la que, además de la función de mediación reconocida a su sección

primera constituida por tres expertos, se reconoce a la sección segunda la función de arbitraje “dando solución, previo sometimiento a las partes, entre titulares de derechos y entidades de gestión o entre estas y asociaciones de usuarios o las entidades de radiodifusión o distribución por cable. Es un arbitraje voluntario. La composición de la comisión no se corresponde con la naturaleza de organismo independiente ya que está constituida por representantes de la Administración.

Esa misma Sección segunda de la Comisión de propiedad intelectual, en salvaguarda de los derechos del mismo nombre, puede adoptar medidas para que se interrumpa un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar contenidos que vulneren ambos derechos. Existe apercibimiento y la ejecución requiere autorización judicial (artículo 122 bis LJCA). Si se tiene en cuenta el artículo 8 de la ley 34/2002 sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que reconoce la libre prestación de esos servicios sin necesidad de autorización previa, la novedad se refiere al tipo de la actividad y a la protección de derechos fundamentales. La restricción de la prestación de esos servicios se funda en la protección de esos derechos (protección de la dignidad de la persona, no discriminación, protección de la juventud y de la infancia) y supuestos como el orden público, seguridad pública, protección de la salud que han sido objeto tradicionalmente de una actividad de policía de la Administración. No existe aquí una novedad jurídica por lo que respecta al uso de la categoría tradicional del acto.

El arbitraje se cita en el artículo 107 de la LRJAPC como un procedimiento para sustituir el recurso de alzada. La resolución de aquel pone fin a la vía administrativa y queda expedita la vía para el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. En realidad es un falso arbitraje, como evidencia la regulación del Comité español de disciplina deportiva (ley orgánica 7/2006 de 21 de noviembre), uno de los escasos casos de aplicación del citado precepto que llevó a ser calificado como un fracaso (García Pérez).

4. El *soft law*

El *soft law* es una novedosa manifestación de la alternativa a la actividad de imposición característica de la Administración tradicional en sus diferentes versiones. Ha surgido de un modo natural en procesos formales de integración como la Unión Europea o informales como sucede en la globalización.

El artículo 249 del Tratado de la UE, junto a reglamentos y directivas que obligan a los Estados y decisiones que se corresponden con el acto administrativo, habla de que las instituciones comunitarias, Consejo y Comisión por lo que ahora interesa, pueden formular recomendaciones que no son vinculantes. La práctica y la jurisprudencia comunitaria revelan que no carecen, a pesar de ese carácter, de efectos jurídicos. (R. Alonso García). Algunas aparecen expresamente previstas en el Tratado (artículo 53 sobre ampliación de liberalización de los servicios “si la situación económica general y la del sector afectado lo permiten”; artículo 77 sobre reducción progresiva de los gastos por transporte transfronterizo). Las recomendaciones pueden ser solicitadas a la Comisión por el Consejo o por un Estado miembro.

No es infrecuente que esas recomendaciones bajo forma de circulares preparen el camino para que las instituciones comunitarias estén en condiciones de imponer una norma, directamente o por medio de la obligatoria transposición. Es un método de exploración, a modo de sondeo, que permite comprobar las posibles reacciones de los Estados miembros. La naturaleza de la UE, donde rige el principio de subsidiariedad, conduce a esta suerte de diálogo, con sobre entendidos que impidan una situación conflictiva indeseada, que de modo general ha dado en llamarse gobernanza. En ese sentido el *soft law* viene a ser una preparación o una alternativa transitoria al *hard law*.

Libros blancos y comunicaciones de la Comisión presentan los principios que presiden el sector a que se refieren y orientan el comportamiento de los miembros del club, cuya inobservancia es “mal vista” con consecuencias desfavorables para los Estados que precisen el respaldo a sus pretensiones de la Comisión o del

Consejo. Constituyen, en definitiva, parámetros para la interpretación y, como tales, complementos de las Directivas para la resolución de litigios, han servido para introducir principios generales, asumidos por los tribunales de los Estados miembros, como ha ocurrido con el de confianza legítima en la Administración, y han sido tenidos en cuenta a efectos de calificar o no una infracción de un Estado como “suficientemente caracterizada”.

Una muestra de este *soft law* son los Códigos de Conducta o de Buenas Prácticas con los que se orienta el comportamiento de autoridades públicas y operadores privados con la eficacia antes expuesta. Por influencia comunitaria se han introducido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. No son medidas limitadoras de la libertad, ni de fomento o ayudas públicas. Así, entre las más recientes, la ley 39/2006 de 14 de diciembre de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, al tratar de la calidad en la prestación de servicios, habla de estándares y de guías de buenas prácticas (artículo 34)

Con pretensión de efectividad el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores, adoptado con motivo de la crisis económica, regula un código de buenas prácticas como uno de los mecanismos conducentes a permitir la restructuración de la deuda hipotecaria, contraída en una etapa de *boom* inmobiliario desmesurado, de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real. La situación había conducido a la alarma social. No bastaba con entregar la vivienda adquirida, sino que las entidades financieras exigían el pago íntegro de la hipoteca. Existían situaciones de exclusión. El Código es de adhesión voluntaria, por dos años prorrogables anualmente, y su cumplimiento es seguido por una comisión de control. Tuvo una acogida prácticamente general, no solo por “quedar bien” con el Poder en una etapa de profunda restructuración financiera que ha reducido drásticamente el número de entidades financieras y ha intervenido otras, sino también porque de no asumirlo podrían sufrir consecuencias

negativas para su imagen en el marco de la competencia en una economía de mercado.

En definitiva, el Derecho administrativo ha de atender a una Administración que se impone, pero también ha de tener en cuenta funciones de dirección (Schmidt-Assmann), o contar con la actuación de los ciudadanos para cumplir con su misión de servir a los intereses generales, como se desarrollará más adelante.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

La primacía de la ley, el sometimiento de la Administración a ella, el principio de legalidad y la reserva a la ley que han sido afirmados desde el comienzo de la andadura del Derecho administrativo, o en su transcurso, en Francia o a Alemania, como también los singulares “Ley y Reglamento” clásicos (G. Jellinek. Gallego Anabitarte) han debido ser revisados a la luz de la nueva función de la Constitución.

La primacía del ordenamiento jurídico no pertenece a la ley, sino a la Constitución en cuyo cambio ha sido clave el reconocimiento de los derechos fundamentales. Los poderes públicos, y la Administración es uno de ellos, “están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, los derechos fundamentales “vinculan a todos los poderes públicos” y el legislador “en todo caso deberá respetar su contenido esencial” en expresiones de los artículos 9,1y 53,1 de la CE, de clara influencia alemana en cuya importación intervenga. La supremacía de la ley, “el imperio de la ley” que luce en el preámbulo de la CE redactado a última hora, ha quedado disminuida. La ley está sometida al control del Tribunal constitucional. Como expresión de la voluntad popular expresada en el Parlamento -Cortes Generales- queda condicionada por Directivas comunitarias. La división de poderes resulta cuestionada cuando el partido político que sustenta al Gobierno tiene mayoría absoluta en el Parlamento. La crisis financiera sirve de cobertura para justificar la urgencia que precisa el Decreto-ley que se usa con prodigalidad y el peligro consiguiente de convertir el ordenamiento jurídico en un Derecho

de emergencia. Incluso, aunque no se acuda a él en aquella circunstancia parlamentaria, es ley lo que el gobierno acuerde con esa forma, aunque sometida al control de constitucionalidad. Por eso ha podido afirmarse que en lugar de la consagrada reserva de ley debería hablarse de “reserva de Parlamento” (García Macho). Permite, al menos, el debate como manifestación de la pluralidad política inherente a un Estado democrático de Derecho. Desde esa perspectiva constitucional ha de entenderse. De acuerdo con lo expuesto, la Administración actúa con sometimiento pleno no solo a la ley, sino también al Derecho (artículo 103,1 de la CE).

Como se ha dicho con acierto, el ideal de la ley general, clara y única ha desaparecido casi por completo (Muñoz Machado). En el Estado compuesto, como el de la CE, existe un pluralismo de fuentes legislativas. Tampoco subsiste el reglamento como expresión exclusiva del poder normativo del Gobierno –Poder ejecutivo- delegado del legislativo para mantener el principio de la “soberanía de la ley”. La potestad reglamentaria no es tanto el resultado de una delegación del Parlamento como una atribución constitucional, limitada por la distribución de competencias en el Estado compuesto de la CE, ya que no puede impedir a las Comunidades autónomas el desarrollo legislativo de bases estatales que deben ser aprobadas por ley.

Todo ello obliga a replantear la explicación de la relación de las normas que proceden de esas dos fuentes como articulación de ordenamientos, más allá de la teoría de los bloques normativos (Villar Palasí). Por otra parte, la necesidad de atender a las crecientes demandas de la sociedad y su complejidad explica que de un modo natural haya proliferado la potestad normativa de las Administraciones Públicas (el artículo 106,1 CE da pie para ello la referirse genéricamente al control jurisdiccional de la potestad reglamentaria), que rebasa la concepción tradicional del reglamento como competencia del Gobierno (artículo 97 CE),

La perspectiva constitucional y en especial los derechos fundamentales, no tenidos en cuenta en la formulación científica del Derecho administrativo tradicional (Rivero), han influido en su revisión. El derecho a la tutela judicial efectiva es un testimonio

que no es necesario subrayar. El Derecho administrativo no solo tiene sus bases en el constitucional (Vedel), ni es un mero “Derecho constitucional concretizado” (Werner), sino que ha incorporado a la Constitución principios nacidos en su seno como el de la interdicción de la arbitrariedad. Por eso, desde hace muchos años vengo hablando de un Derecho administrativo constitucional.

VII. REPLANTEAMIENTO DE LAS RELACIONES ESTADO-SOCIEDAD

1. La creciente participación privada

Las categorías del Derecho administrativo y él mismo en su evolución responden a un entendimiento dinámico de las relaciones Estado-Sociedad. En 1968, al referirme a la entonces proclamada crisis del servicio público, sostuve que era la “crisis de la separación nítida de las esferas correspondientes al Estado y a los particulares”. Aquel se había configurado como categoría jurídica en un Estado liberal que no podía “mancharse” en actividades económicas. Se dejaba a la emergente burguesía, el mundo de los negocios, que impulsaba las conquistas del progreso tecnológico –ferrocarriles, tranvías y transportes, alumbrados de las ciudades, teléfonos- de acuerdo con el principio de libertad de industria y comercio. El Estado se reservaba la titularidad del servicio, *publicatio* (Villar Palasí), incluso al modo de una *regalía* en el caso de la radiodifusión y “procedimientos similares que puedan inventarse en el futuro”, dejando al particular, concesionario, la gestión con el correspondiente beneficio económico. El Estado gestor, que ya entonces era una realidad en Europa, acentuado en España como consecuencia de una guerra civil y su aislacionismo internacional, llevó a acuñar la categoría de la “gestión económica”, dación de bienes al mercado (Villar Palasí), en la que se integraban las empresas públicas, más allá de los servicios públicos.

En el momento actual se observa un nuevo planteamiento de las relaciones Estado-sociedad en el que, junto a una asunción de numerosas obligaciones prestacionales por el Estado, existe un

abandono de la categoría auténtica del servicio público en su dominio económico natural así como una mayor presencia de la sociedad en éste y en la realización de derechos de carácter social.

La participación de los particulares en el *procurement* de las obras y servicios de interés general se manifiesta en las fórmulas de *public and private Enterprise* especialmente previstas para grandes y costosas estructuras (ferrocarril en el canal de la Mancha), que se concreta en contratos público-privado, con sistemas de financiación que permiten al Estado un cumplimiento continuado y a largo plazo de sus compromisos económicos. La participación de los ciudadanos formando parte de grupos se manifiesta en la elaboración de normas e individualmente en fenómenos de autorregulación en el ámbito medioambiental.

2. El protagonismo del mercado y la competencia

Por lo que se refiere al ámbito de actividades económicas correspondientes a servicios de interés general, por utilizar la expresión del Derecho comunitario, el mercado ocupa un lugar determinante. Responden a privatizaciones de antiguos servicios públicos y han dado lugar a que se hable en la doctrina de “el nuevo servicio público” (Ariño) de impacto mediático pero, a mi entender, inexacto. Son actividades privadas en las que rige el principio de la competencia. El Estado ha de garantizar el correcto funcionamiento del mercado que es el título habilitante de la actividad de la Administración, lo que se reconoce como “regulación en competencia” frente a la “regulación en monopolio” (Esteve Pardo) característica del servicio público. Se entiende que de ese modo la Administración cumple con su finalidad de servir el interés general.

El puro mercado tiene, en ese sentido, limitaciones. En la Unión Europea se habla de una “combinación armónica de mecanismos de mercado y misiones de servicio público” (Libro Blanco) de lo que es manifiesta la idea de “servicio universal”: servicios esenciales, de una calidad determinada, asequibles a todos los ciudadanos. El cumplimiento de esas misiones de servicio público explica la posibilidad, debidamente justificada, de compensaciones para mantener un equilibrio financiero en la actividad

correspondiente. Sólo se admite restringir o excluir la competencia cuando pelagra el equilibrio financiero del servicio universal o es necesario para que se preste en condiciones económicamente aceptables (STJCE de 15 de noviembre de 2007, C-162/2006 International Mail Spain).

Las novedades proceden, en último término, del protagonismo del mercado y del dinamismo privado, asumidos por el Estado. Ese protagonismo condiciona el ejercicio de la potestad de la Administración (Directiva 2002/22 CE) y facilita, por tanto, su control. La Administración, como garante de la libre competencia, ha de impedir posiciones dominantes y ha de hacer que sea efectivo el acceso a las redes que sean imprescindibles para que los operadores desarrollen su actividad.

La influencia americana es notoria por lo que se refiere a la admisión de la regulación económica como categoría jurídica que, de otra parte, integra otras conocidas como la autorización. Es evidente en la creación de organismos reguladores, inicialmente en cada sector y que recientemente, y a mi entender de un modo incongruente, se han reunido en uno como consecuencia de la política de recortes del gasto público exigida por la UE con motivo de la crisis económica. La razón de ser del ente regulador es su reconocida idoneidad en relación con cada específico sector de actividad. La transversalidad sólo puede ser predicada del ente que ha de entender con la competencia.

No es del caso desarrollar ahora las diferencias entre la aproximación americana y la europea sobre la regulación económica. Para lo que aquí interesa conviene subrayar que la segunda opera en actividades que anteriormente constituían servicios públicos, lo que no ocurre en las *public utilities*. Por eso, en el caso americano no se detecta la idea de servicio universal y en el meollo de las controversias judiciales está dilucidar si las decisiones de las Agencias tienen un carácter confiscatorio, contrario a la Constitución que prohíbe al *government* tomar o hacer uso de la propiedad sin justa compensación.

Los organismos reguladores, tal como fueron configurados legalmente, son entidades administrativas independientes o entes

instrumentales dotados de autonomía. Su carácter específico proviene del ámbito de actuación: actividades privadas que son consideradas esenciales para el Estado y que se desarrollan de acuerdo con las reglas y principios del mercado. No están ligados a la Administración General del Estado por una relación de jerarquía. Son titulares de una potestad normativa (circulares, instrucciones). Otorgan autorizaciones, fijan el coste neto de las obligaciones del servicio universal, imponen sanciones, hacen requerimientos, formulan informes y propuestas.

Más allá de actividades de arbitraje tienen potestad para resolver conflictos suscitados entre los operadores (artículo 10 de la ley 2/2011). En materia de telecomunicaciones, un caso típico, se refiere a los que surgen en materia de interconexión y acceso, característico de esas actividades que han de desarrollarse en red. El ente regulador, previa audiencia de las partes, “dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto”, pudiendo adoptar medidas provisionales” (artículo 14 LGT). Esta es una novedad que no puede reconducirse a la actividad de policía, ni a las prerrogativas que a la Administración se le reconocían como titular del servicio público. Se ha calificado de *parajudicial* (Muñoz Machado) que recuerda actividad de las agencias americanas. En realidad puede reconducirse a los supuestos citados anteriormente de sustitución del recurso de alzada. Esas resoluciones, como las otras dictadas por los organismos reguladores, ponen fin a la vía administrativa y, por tanto, son recurribles en el contencioso-administrativo.

3. Prestaciones y servicios sociales

En su relación con el Estado, la participación de la sociedad ha cobrado una mayor relevancia que requiere la correspondiente del Derecho. Es un dato reconocido la voluntad de los revolucionarios franceses de acabar con estamentos y organismos intermedios existentes en el Antiguo Régimen. El nuevo Estado no asumió actividades educativas y asistenciales en gran mayoría desarrolladas en Europa por la Iglesia. Paso importante en la historia es la asunción por el Estado de responsabilidad en estas y análogas materias, reconocida en prestaciones que han dado

nombre al “Estado de bienestar”. La superación de una concepción ideológica sustentadora de un monopolio del Estado en la materia y su incapacidad financiera para atender al crecimiento incesante de beneficiarios explican la situación actual, no sin fuertes tensiones dialécticas deudoras, en último término, de la contraposición hegeliana entre lo público, caracterizado por la razón y lo particular por el beneficio. Autor proclive a acentuar el protagonismo del Estado (Parejo) ha sostenido que debería hablarse de organización y régimen del bienestar más que de Estado de bienestar, reconociendo que hay una imbricación recíproca de acción estatal y vida social. El Estado, al asumir la obligación de hacer real y efectivo el bienestar es un Estado garante, lo que conlleva la realización directa de prestaciones y el reconocimiento de que desde la sociedad se contribuya libremente a esa realización.

Habría que hablar, como más de una vez he sostenido, de sistema: de salud, de educación, de asistencia social y dependencia (lo emplea el artículo 50 de la CE y la ley 39/2006 sobre dependencia). Al Estado corresponde garantizar que sea universal y de la mejor calidad, no ser necesariamente su exclusivo gestor. El principio de eficiencia obliga a optimizar los recursos públicos que, en definitiva, provienen de los ciudadanos. Todo esto se relaciona con los debatidos derechos sociales. No aparecen como derechos fundamentales en la Constitución, pero no es indiferente a ellos, como corresponde a un Estado que se define como social y democrático de Derecho, al referirse a los principios rectores de la política social y económica que informarán la legislación positiva. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53,3 CE).

Son un compromiso constitucional cuyo cumplimiento requiere la aprobación de la correspondiente ley (se deja ahora el posible reconocimiento en Estatutos de autonomía), con la indispensable financiación para la efectividad del reconocido derecho subjetivo (exposición de motivos de la ley 39/2006 sobre dependencia). Los términos que emplea la CE son muy expresivos: los poderes públicos promoverán el acceso a la cultura como derecho (art. 44),

promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47). Las expresiones son muy diferentes a las que se refieren a la Seguridad Social, -mantendrán un régimen público- (art. 41), que pueden caracterizarla como una auténtica función del Estado.

La participación de la sociedad en este ámbito se constata en la existencia de numerosas organizaciones sin fines de lucro, bajo formas jurídicas distintas, que se sitúan para decirlo de un modo gráfico entre el Estado y el mercado, lo que se ha denominado el tercer sector: las promovidas por la Iglesia, Fundaciones y, en general, multitud de iniciativas fruto de la libertad de asociación, como organizaciones de consumidores y usuarios, y que en muchos casos responden al principio de solidaridad. La crisis económica actual confirma su eficacia e incluso su necesidad reconocida legalmente (dependencia). Desde el punto de vista de la revisión del Derecho administrativo se ha presentado como una novedad que justificaría extender la categoría de la regulación desde lo económico a lo social (Muñoz Machado) bajo el sobreentendido, desde mi punto de vista discutible, de que esas actividades sociales eran anteriormente servicios públicos.

Es cierto que en la legislación se utiliza esa expresión y es comúnmente asumida. Pero la categoría del servicio público, tal como se ha expuesto con anterioridad, supone la *publicatio*, entendida como asunción por la Administración de la titularidad de todo el sector a que se refiere. En el caso de los servicios sociales coexiste la actividad del Estado y de los particulares u organizaciones no estatales. Por lo que se refiere a la educación, con base en un derecho fundamental y, obviamente, dentro del respeto a los principios constitucionales. Se trata de actividades que confluyen en la eficacia de un sistema, trátese de educación, salud, u otros servicios sociales. La convergencia de actividad pública e iniciativa privada puede realizarse mediante conciertos en unos casos o en los del tercer sector con ayudas públicas, exenciones fiscales o desgravaciones de impuestos de los ciudadanos.

El Estado ha establecer los estándares adecuados para la realización de las prestaciones de los servicios sociales de obligado cumplimiento para los particulares. No consiste en medidas de la tradicional policía, ni de servicio público que convierta al particular en concesionario. El título habilitante no tiene que ver con la garantía del correcto funcionamiento del mercado, en el que la Administración no compete, sino con la garantía de los derechos de carácter social asumidos legalmente. No habría inconveniente en aceptar en ese sentido la *regulación* del ejercicio de la actividad correspondiente. El término figura en el artículo 53 de la CE para los derechos fundamentales, respetando en todo caso su contenido esencial.

VIII. INSUFICIENCIA DE LA ÓPTICA DEL CONTROL PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Tradicionalmente la construcción científica del Derecho administrativo ha sido realizada desde la óptica del control y, en concreto del contencioso. Contra ese desenfoque metodológico me pronuncié muy tempranamente, en 1967, lo que mucho más reciente se ha calificado de “estrabismo del Derecho administrativo” (Cassese, 2010). Era comprensible en el Derecho francés en el que el problema práctico de carácter procesal de la búsqueda del criterio para elegir el juez competente, dada la existencia de dos jurisdicciones, se convirtió en una cuestión dogmática que condujo a la fatigosa tarea de indagar la noción clave del Derecho administrativo, hoy innecesaria, desde su configuración como *ius commune*. La identificación o la vinculación necesaria entre el contenido del Derecho administrativo y materia contenciosa no es correcta porque, como la realidad evidencia, el Derecho administrativo no se agota en el ámbito de los recursos; no es, como se ha dicho con cierta acritud, el Derecho de los abogados (Nieto). La preocupación que produce la urgencia de lo patológico no debe impedir la atención por la fisiología, decía y reitero. El Derecho administrativo es algo más que un sistema de garantías, es cauce para el mejor cumplimiento de los intereses

colectivos que interesan a los ciudadanos y justifica la misión servicial de la Administración Pública.

Esa orientación está vigorosamente subrayada en la actualidad por una importante corriente doctrinal (Schmidt-Assmann). Se ha puesto de manifiesto, de un modo muy significativo, en relación con el procedimiento administrativo. No es la mera antesala del contencioso, el ámbito de una justicia parcial o provisional, una garantía del particular o, para la Administración pública la ocasión de revisar sus resoluciones al resolver recursos presentados ante ella, el modo de preparar el acto definitivo que pueda ser impugnado ante la jurisdicción.

La finalidad no se limita a procurar seguridad jurídica, evitar la arbitrariedad de la Administración. Los ciudadanos aspiran a que el ejercicio de sus derechos y actividades no se entorpezcan por la observancia de un procedimiento inadecuadamente formulado. Es comprobable en procedimientos en los que se prevén informes de órganos administrativos distintos del que ha de adoptar la resolución como sucede en materia de urbanismo en relación con las exigencias medioambientales. Desde esta perspectiva es un medio para hacer realidad el ideal de *buena administración*. Así se ha expuesto con clarividencia (Barnés), enlazándose deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido (Ponce).

Los progresos tecnológicos y las exigencias del carácter democrático del Estado de Derecho han proporcionado una nueva perspectiva. Internet es el símbolo de esta era de la sociedad, calificada como del conocimiento y la información. Los principios de celeridad y las aspiraciones a la mecanización de la ley de procedimiento administrativo de 1958 han quedado ampliamente superados. Ha aparecido un nuevo modo de administrar, que se sintetiza en el *e.government* o Administración electrónica. Las ya no tan nuevas tecnologías de la información y la comunicación han venido a hacer más efectivo el conocimiento de los ciudadanos de las actuaciones de la Administración que les afecta. De un modo significativo la ley 11/ 2007 de 22 de junio se denomina de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios

públicos. Es un derecho a relacionarse de ese modo. La tradicional obligación de publicidad se refuerza y favorece el principio de igualdad, por ejemplo en la contratación pública en el mercado único del espacio de la Unión Europea. El intercambio de información entre los órganos de una Administración Pública o entre varias se ve extraordinariamente mejorado con evidentes ventajas para la excelencia de la función de administrar, que conlleva la satisfacción de los derechos de los ciudadanos.

No es cuestión de desarrollar las repercusiones que todo ello tiene en el Derecho administrativo. Refiriéndose a los expedientes administrativos se ha pasado “de los legajos a los soportes informáticos” (R. Rivero; Sanz Larruga). Nuevos modos de notificación, de identificación, de archivo y también procura de la seguridad jurídica, de la neutralidad tecnológica, respeto al derecho de protección de datos de carácter personal. Todo ello ha llevado incluso a proponer un replanteamiento de la exposición del Derecho administrativo (Schdmit-Assmann, Barnés).

La “buena administración” ha hecho fortuna. Figura en el artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, elevada a la categoría de tratado por el de Lisboa: “toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”, lo que incluye audiencia, acceso al expediente, y obligación de motivar las decisiones por la Administración. Además, derecho a la reparación de los daños causados. No parece exagerado concluir que el precepto está redactado desde la óptica garantista. Se trata de un núcleo que ha de respetarse en todo caso, pero no agota el contenido de la expresión.

Una interpretación de la buena administración más amplia que la garantista permite un nuevo encuentro entre el Derecho administrativo y la Ciencia de la administración. Existen principios que pueden ser comunes, aunque no se concreten de la misma forma. En un Estado democrático de Derecho, se ha dicho en sede judicial (STS de 24 de febrero de 2010) “todas las actuaciones de los poderes públicos deben estar justificadas, aunque de

manera diversa y consecuencias diferentes, desde la explicación pública por parte de los cargos públicos a los ciudadanos, con consecuencias en futuras elecciones, a la motivación de sus decisiones por la Administración cuya ausencia acarrea nulidad”.

La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales que no define, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Sin afirmar de un modo absoluto que “todo Derecho aspira a la eficacia, a su efectividad” (Schmidt-Assmann) puede admitirse para el Derecho administrativo, sin dudas, teniendo en cuenta su carácter de Derecho de realización como se sostuvo al principio. La Administración sirve con “eficacia” los intereses generales, por determinación constitucional. En esa finalidad estriba la diferencia fundamental entre Administración pública y organizaciones o empresas privadas.

El ordenamiento positivo incluye principios como el de eficacia, eficiencia, economía, proporcionalidad, transparencia, accesibilidad, simplicidad y otros que constituyen criterios de actuación en diversos sectores. La ley 2/2012 de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, consecuencia de la modificación del artículo 135 de la CE por exigencias de la UE, contiene principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, transparencia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, además de plurianualidad, responsabilidad y lealtad constitucional. Obligan a las Administraciones, con efectos jurídicos internos como consta en la citada ley de estabilidad presupuestaria, no solo porque pautan la actuación de la Administración, sino también por las medidas que pueden adoptarse en caso de incumplimiento: necesidad de autorización e incluso negarla para las operaciones de endeudamiento de las Comunidades autónomas o Corporaciones locales, llegando a la disolución de los órganos de gobierno de estas últimas.

La ley de transparencia abunda en esa vertiente interna. Su fundamentación habría que reconocerla en la definición constitucional del Estado democrático. Se trata de una información amplia de las actividades de las Administraciones y de

los otros poderes públicos: contratos, convenios, subvenciones, estado de ejecución de los presupuestos, informes de auditorías y de órganos de fiscalización, retribuciones de altos cargos y declaraciones de bienes de representante de corporaciones locales..., con señalamiento incompatibilidades, infracciones y sanciones.

Muchos de esos principios pueden ser invocados por los ciudadanos ante los tribunales como medio de control jurisdiccional. Es el caso del principio de proporcionalidad que tiene un origen jurisprudencial. Uno de los retos del Derecho administrativo actual es, precisamente, hacer operativos para la revisión judicial muchos de esos principios que vinculan a la potestad de la Administración en su actuación servicial de los intereses generales. No es una tarea fácil, pero ha de intentarse sin escudarse fácilmente en la concepción anteriormente criticada de la discrecionalidad y en la impotencia judicial para sustituir la decisión de la Administración.

IX. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Fenómenos de constatación diaria apuntan a la emergencia de un Derecho administrativo que supera las coordenadas del Derecho administrativo construido sobre los pilares y con los límites de los Estados nacionales. Están ligados a la realidad de la globalización, muy especialmente desde su vertiente económica. Entes como la Organización mundial de la Salud, la Organización mundial del Comercio, el Panel intergubernamental sobre el cambio climático, el G-20, el Comité de Basilea, el Fondo Monetario Internacional, la OCDE, las agencias privadas de *rating*, la *International Organization for Standardisation* (ISO) así como INTERPOL o el Movimiento olímpico son una muestra variada de los protagonistas de ese Derecho administrativo *in fieri* que he desarrollado recientemente en otro lugar.

Son de naturaleza pública o privada, de estructuras formales o informales, a modo de un club, que dictan normas y/o adoptan decisiones, constitutivas de *hard law* o de *soft law*, que los Estados incorporan a sus ordenamientos o condicionan las políticas de los

Gobiernos sin haber pasado por los Parlamentos, expresión de la democracia representativa. Pueden citarse, a título de ejemplo, la declaración de la gripe A, como pandemia por la OMS, las determinaciones de bióxido de carbónico, la normalización técnica de productos, o las periódicas calificaciones de las agencias que influyen decisivamente en los mercados a que acuden los Estados para su financiación.

Todo ello plantea la cuestión de si existe un orden jurídico *al dilà dello Stato* (Cassese) y cual es su soporte y contenido, ya que no existe un Parlamento y una Administración como en los Estados nacionales, ni siquiera en las formas requeridas en fenómenos de integración, como la UE. La disparidad de los entes y la parcelación de los ámbitos en que operan explican que se hable de gobernanza. Por su carácter global no puede ser uniforme, ha de actuar sobre una realidad articulada, en red (*network*).

Los ordenamientos de los Estados y la jurisprudencia constatan que el llamado Derecho administrativo global no es una utopía. Normas, acuerdos, estándares o criterios establecidos por órganos *globales* se relejan en preceptos positivos y son invocados en sentencias de los Tribunales. De la OMS para valorar el grado y nivel de la dependencia en función de la discapacidad y salud (artículo 27); para la determinación de si existe derecho a la declaración de invalidez permanente; en relación con medicinas de valoración y denominación genérica en la lista de medicamentos a efectos de propiedad industrial; para determinar si ruidos de instalaciones industriales o aeronaves han vulnerado el derecho a la protección de la salud; a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración por referencia al estado de conocimiento de la ciencia o de la técnica según los avances dados a conocer por la OMS.

Numerosos son los pleitos en materia de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, en los estándares fijados en relación con el cambio climático, aceptados por la UE y transpuestos a España y demás Estados miembros. La anulación de una estación de esquí alpino en un Espacio natural se funda,

ente otras razones, “por los cambios climáticos que se están produciendo”.

Las referencias a las especificaciones de la ISO, una organización privada, cumplen con la obligación de establecer la cláusula “o equivalente” exigida por el Derecho comunitario en los pliegos de condiciones técnicas de los contratos públicos. Lo mismo sucede con los reglamentos técnicos de normalización industrial asumidos por la Administración y obligatorios para los particulares. La determinación de esas técnicas, utilizadas para la protección del medio ambiente son delegadas por el correspondiente Reglamento comunitario en el Comité europeo de normalización que, a su vez, remite a la ISO, y es de aplicación directa por los Estados miembros. Es la razón por lo que se llegado a hablarse de “la capacidad normativa de sujetos privados” (Álvarez García).

Este denominado Derecho administrativo global no se identifica con un Derecho internacional, clásicamente concebido como Derecho entre Estados. Pero existen muestras en ese ámbito que responden al fenómeno de la globalización como la *lex mercatoria* con base en la Convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa. Con ella se pretende que las controversias se resuelvan de acuerdo con ella y no con el Derecho interno. De interés más cercano, por el impacto en el Derecho administrativo, son los contratos de Estado suscritos en el marco y al amparo de acuerdos internacionales de inversión o de tratados bilaterales de inversión. Tienen que ver con los conflictos que puedan surgir en los que los dos polos vendrían representados por la prevalencia del acuerdo internacional o del Derecho interno y las potestades discrecionales del Estado contratista. El caso extremo, no ciertamente teórico, es la extinción del contrato por decisión unilateral del Estado: si es una expropiación. Es lo que explica que en esos acuerdos internacionales de inversión se inserten cláusulas para asegurar el correspondiente resarcimiento. No es cuestión de desarrollar aquí el tema que apunta a la prevalencia de la internacionalización, por encima de los Derechos de los Estados y la utilización del arbitraje internacional del que el CIADI, es un ejemplo. Una muestra más de esa tendencia: en algún caso se ha

reconocido que las convenciones de Naciones Unidas prevalecen sobre tratados bilaterales.

La construcción científica de un Derecho administrativo global no puede llevarse a cabo tomando como modelo el de los Estados nacionales. Falta la estructura de un Estado. Los organismos y entes citados no son reconducibles a una unidad como sucede en el seno de un Estado. Su *auctoritas* proviene de delegaciones implícitas de los Estados o de su prestigio en el concierto de las naciones, o del carácter científico o técnico de sus componentes. Algunos contienen sistemas cuasi judiciales o de arbitraje para resolver conflictos. Ocurre en ocasiones que las denominadas en el argot *blackdoor rules* se adoptan por agentes que no responden ante un parlamento. De ahí que se haya insistido en un déficit democrático y que, por tanto, sea precisa una nueva legitimidad, que ha de buscarse por cauces distintos a los de las Administraciones Públicas en los Estados, Transparencia, *accountability* o dación de cuentas y participación son algunas de las exigencias de esa legitimidad.

El Derecho administrativo global se manifiesta en una realidad parcial y fragmentaria que sería necesario integrar en un ordenamiento jurídico coherente. Aunque no se trate de reproducir el que corresponde al de los Estados nacionales, podría sentarse como principio que el Derecho administrativo global no ha de ofrecer menos garantías que el de aquellos. Es, por eso, discutible que el órgano arbitral en materia de dopaje en el deporte no admita la presunción de inocencia (caso del ciclista Contador). No se trata de trasplantar, sin más, categorías o instituciones, sino de ponderar desde la perspectiva global en qué medida pueden ser aprovechados principios y regulaciones existentes en los diferentes ordenamientos estatales. Sería un contra sentido que lo que han sido conquistas del sometimiento del poder al Derecho fuesen desconocidas cuando los Estados han asumido que determinadas decisiones se adopten en un nivel que los supera.

Mi tesis es que el Derecho administrativo global ha de ser de naturaleza fundamentalmente *principal*, dado que por la variedad de sus fuentes y su marcado carácter sectorial es difícil encontrar

normas generales. Desde esa perspectiva los derechos humanos y fundamentales, en los que pueden subsumirse principios generales, pueden suministrar un aporte significativo. No constituyen un mero *desiderátum* de la doctrina científica (Esty). En un proceso de *feed back*, en una doble dirección, desde arriba-*top-down*, y desde abajo, *bottom-up* se pueden concretar derechos y principios. El derecho fundamental a la buena administración reconocido en la Carta europea es un ejemplo. No parece irrazonable exigir a los actores del Derecho administrativo global que actúen de acuerdo con los principios allí contenidos: principio de *objetividad*, que se refuerza por el de *transparencia* y de *independencia e imparcialidad*; principios de *eficiencia* y de *eficacia* y de *proporcionalidad*, en cuanto a la vinculación del ejercicio de la potestad al fin que la justifica y de *motivación* que excluyen la arbitrariedad.

Los principios que informan el Derecho europeo de los contratos públicos son equivalentes a los de la OMC; tienen como referencia el de la *igualdad* de trato como *no discriminación*, el de *publicidad* concretados en preceptos. El principio de *precaución*, surgido en el ámbito medioambiental, ha sido utilizado en algún caso en el seno de la OMS por el Órgano de apelación, al admitir la posibilidad de restricciones al comercio internacional para defender la salud humana en supuestos de incertidumbre científica. La creación del G-20 frente al más exclusivo G-7, como la ampliación del antiguo Foro de estabilidad financiera en el nuevo Consejo del mismo nombre para dar entrada a países emergentes con percepciones diferentes a las de los países más poderosos, evidencian la importancia del principio de *participación* en organismos globales constituidos a modo de club que, de algún modo, responde al ideal del principio democrático presente en el Derecho administrativo propio de un Estado de Derecho del mismo nombre.

Aunque existen datos suficientes para admitir la viabilidad, incluso la necesidad de un Derecho administrativo global, no es fácil reducir a la unidad de un ordenamiento dada la variedad de los entes que operan en esa órbita y sus diferentes orígenes. La carencia de una Constitución, de un Parlamento y de un Ejecutivo

al modo de los Estados o, al menos, de los fenómenos de integración, obliga a plantear las exigencias de un auténtico ordenamiento jurídico de una manera acorde con la naturaleza y modo de funcionar de los operadores del sistema global. Principios de la máxima generalización no son aplicables a ellos del mismo modo y, ni siquiera a todos.

En todo caso, para que exista ese ordenamiento se precisa pluralidad de sujetos, normas y principios y administración, entendida como aplicación de ellos. Pocas normas son directamente imperativas, domina un marcado *soft law*, pero no por ello menos eficaz. La ausencia de normas generales explica la necesidad de poner el acento en principios. Un ordenamiento exige una jurisdicción, una instancia que resuelva con imparcialidad y con eficacia técnico-jurídica, de conformidad con el proceso debido, los conflictos que se planteen. Como órgano jurisdiccional o de arbitraje ha de tener un carácter obligatorio para el caso que las diferencias no se resuelvan por previo acuerdo de las partes. Sus miembros han de ser seleccionados con publicidad, en virtud de su competencia profesional y notoria independencia. Existen en algunos de los organismos, pero la efectividad de la ejecución de los fallos o laudos no está garantizada, ya que se deja a una suerte de *retaliation*, además inútil frente a un Estado poderoso.

El régimen sancionador no puede tampoco faltar, aunque se configure de modo diferente al que existe en los Estados. Suspender la pertenencia al *club* puede ser una medida disuasoria de comportamientos contrarios al interés general global, como también ser incluido en una *black list*.

Los Estados no son los protagonistas únicos y excluyentes. El interés general global hace referencia a las personas, cualquiera que sea el país en que vivan. En definitiva, el Derecho administrativo global es un Derecho *in fieri*, de naturaleza primordialmente *principal*: su base son los derechos fundamentales de la persona y los principios derivados.

X. CONCLUSIONES

Las reflexiones anteriores no quieren ser sino una muestra de la vitalidad del Derecho administrativo, que sigue el curso de la historia. Constituyen un a modo de guion para su comprensión y exposición, sometido también a su mutabilidad. Aunque es preciso deslizarse, *glissez mortels*, para no quedar empantanado es preciso contar con los puntos de apoyo que son las categorías o principios. A pesar de los cambios permanece el fin que justifica la función de la administración como institución: servir los intereses generales, cada vez más amplios, cuyo núcleo indisponible son los derechos fundamentales -humanos- de la persona, inherentes a su dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., “El *soft law* comunitario”, RAP, núm. 154, 2001.
- ARINO, G., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BACELLAR FILHO, R. F., *Direito administrativo e o novo Código civil*, Forum, Belo Horizonte, 2007.
- BARNÉS, J., *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008.
- CASSESE, S., “El estado presente del Derecho Administrativo italiano”, RAP, núm.183, 2010.
- CORMENIN, Baron de, *Questions de Droit administratif*, 2ª ed., París, 1823.
- ESTEVE PARDO, J.E., “Origen, principios y técnicas de la regulación económica de sectores económicos de interés general”. *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria*, Universidad de Córdoba-Iustel, Madrid, 2012.
- ESTY, D. C., “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006.
- FERNÁNDEZ, T. R., “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, RAP, núm.187, 2012.

FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1958. *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, ENAP, Madrid, 1966.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Ley y Reglamento en el Derecho Público*, IEA-INAP, Madrid, 1971.

GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988.

GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho administrativo*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho administrativo*, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. *Las instituciones del Derecho Administrativo Español*, Madrid, 1843.

GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho administrativo español*, Eunsa, Pamplona, 1993.

HARIOU, M., *Précis de Droit administratif et de Droit public general* 11ª ed. 1927. *Obra escogida*, ed. Muñoz Machado y Santamaría, IEA, 1976.

HEGEL, G. H., *Principios de Filosofía del Derecho*, Edhasa, Barcelona, 1999.

LÓPEZ MENUDO, F., “La transposición de la directiva de servicios y la modificación de la ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010.

MAYER, O., *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1982.

MEILAN GIL, J.L. *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, ENAP, Madrid, 1967; “Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión”, *RAP*, núm. 71, 1973.

- *Administración Pública en perspectiva*, Universidade da Coruña, 1996.

- *Progreso tecnológico y servicios públicos*. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

- *Categorías jurídicas en el Derecho administrativo*, Iustel, 2011.

- *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Ed. Derecho global, Sevilla, 2011.

- “Sobre la revisión del carácter instrumental del acto administrativo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 84, 2012.

- “Maurice Hariou en perspectiva” (en prensa).

- “El paradigma de la buena administración” (en prensa)

MUÑOZ MACHADO, S. “Hacia un nuevo Derecho administrativo”, *Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo*. INAP, Madrid, 2011.

NIETO, A. “La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo”, *RAP*, núm. 76, 1975.

ORLANDO, V.E., *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo italiano*, Milano, 1897.

PARADA, R., *Derecho administrativo*, 15ª ed., Marcial Pons, Madrid. 2004.

PAREJO ALFONSO, L., “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos” *RAP*, núm. 153, 2000.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*.

POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, Madrid, 1842.

RIVERO, J., *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2ª ed., Economica, 1987.

RIVERO, J.; WALINE, J., *Droit administratif*, 15ª ed., Dalloz, 1994.

RIVERO ORTEGA, R., *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2007.

SANZ LARRUGA, J., “Documentos y archivos electrónicos”, *La ley de Administración electrónica*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

SCHMIDT-ASSMAN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003.

TOCQUEVILLE, A. de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Guadarrama, Madrid, 1969.

VEDEL G. - DEVOLVÉ, P., *Droit administratif*, 11ª ed., PUF, 1990.

VILLAR PALASÍ, J. L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo” *RAP*, núm. 3, 1950.

- *Prólogo a La cláusula de progreso en los servicios públicos*" (J.L. Meilán Gil), IEA, Madrid, 1968

- *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Universidad de Madrid, 1972.

WOLFF, H. J., *Verwaltungsrecht*, 5ª ed., Munich- Berlin, 1963

