

Nuevos arreglos institucionales para la gestión pública democrática en Brasil *

Valéria Alpino Bigonha Salgado y Sábado Nicolau Girardi

1. Contextualización: los desafíos de la gestión pública democrática

Los acontecimientos del escenario económico y financiero mundial, provocados por la quiebra de los bancos norteamericanos en el año 2008, mostraron la necesidad de una nueva mirada acerca de los límites del principio de la autorregulación de los mercados y, consecuentemente, de la intervención del Estado en el control del sistema económico.

El fenómeno evidenció el agotamiento de las posiciones ideológicas fundamentalistas y desmitificó el concepto de oposición entre Estado y mercado. En dirección contraria al debate ideológico ocurrido en las dos últimas décadas, se observa que la dinámica económica y la creciente demanda social por servicios hacen imperativa la superación del antagonismo entre posiciones extremas, del maniqueísmo político y del partidismo en torno a los problemas. La complejidad creciente de los mercados y de las cuestiones sociales imponen soluciones más sofisticadas.

Dado el consenso que existe respecto al papel indispensable del Estado en la formulación de políticas, en la regulación de la competitividad y en la promoción del bien común en la sociedad, es preciso evolucionar, desde la discusión sobre modelos, hacia una dimensión más importante, que es la de la definición de estrategias para superar los riesgos de eventuales desequilibrios en los sistemas económico y social y asegurar su estabilidad.

Es importante destacar que los conceptos de gobernanza y de gobernabilidad estatales han sido modificados sustancialmente en función de la crisis de nacionalidad de la economía y del derecho, determinada por el entrelazamiento entre derechos, intereses y procedimientos de cara a la interrelación de las economías, fenómeno de ámbito mundial llamado globalización. El hecho de que los ordenamientos jurídicos ya no puedan ser enmarcados sólo en el ámbito del Estado, ni tampoco ser entendidos como su mera extensión, han obligado a los Estados a reajustar sus paradigmas internos al nuevo orden internacional.

En este sentido, Sabino Cassesse (2010) alerta que, si antes la economía debía tener en cuenta el Estado, en el escenario globalizado actual es el Estado el que debe considerar la economía. Si antes el Estado era detentor de poder absoluto, en la actualidad su poder es relativo, mitigado por poderes supranacionales. Los desafíos estatales, por lo tanto, ya no se restringen a garantizar la unidad del poder público en el contexto interno, sino también a enfrentar la pérdida de soberanía en relación con el ambiente externo, internacional. La capacidad estatal de participar en las estructuras de planeamiento y control globales y en las transacciones de mercado entre Estados y empresas resulta fundamental. También tiene gran relevancia su capacidad de actuar bajo las nuevas formas de colaboración y en las redes de producción.

En el proceso de reforma de la gestión pública, son varias las fronteras a traspasar. Se trata de un proceso gradual y que debe ser comprendido como un conjunto de pequeñas reformas. La capacidad de regulación del mercado o del área social son sólo algunas de ellas, aunque los últimos acontecimientos han demostrado que éstas son esencialmente estratégicas. En este contexto, se reafirma la importancia del tema de la “gestión pública” en la agenda política de los gobiernos, especialmente en los países emergentes, cuya preocupación se orienta hacia la capacidad institucional del Estado de proveer

Recibido: 01-08-2010. Aceptado: 04-01-2011.

(*) Versión revisada del documento presentado en el XV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo Domingo, República Dominicana, 9 al 12 de noviembre de 2010.

Traducido del portugués por **Antonio Quintin**. Título original: “Novos arranjos institucionais para a gestão pública democrática”.

políticas públicas y promover la inclusión social, en un ambiente de participación y diálogo democráticos.

En Brasil, la reflexión es oportuna, sobre todo al considerar los impactos de la etapa actual del proceso de democratización sobre la gestión pública. La maduración del ejercicio político en el país, retomado en los últimos veinte años, se ha plasmado en la aproximación de los discursos de los partidos de oposición y en la convergencia de las agendas de gobierno hacia contenidos de carácter suprapartidarios, caracterizados por el objetivo común de implantar un modelo nacional de desarrollo socialmente justo, inclusivo y compatible con la economía brasileña.

En el plano social, se observa el surgimiento de un “derecho social”, definido a partir del contrato social constitucional de 1988, que concedió primacía a los derechos fundamentales y sociales, abriendo en la sociedad brasileña la transición desde la carencia hacia el derecho, aun cuando dicha transición haya alcanzado un mayor éxito en el plano teórico que en el real.

El punto decisivo de la transición que se inició con la nueva Carta Constitucional muestra una radical transformación del papel del Estado brasileño, de las fuerzas del mercado y de los grupos de interés que actúan en la regulación de los mercados. De forma más específica, es posible afirmar que hubo un fortalecimiento del peso relativo de las instituciones y de los arreglos institucionales extra mercado (Alvater, 1993), especialmente de las agencias estatales y de la sociedad civil organizada. Esta transición regulatoria tuvo implicaciones decisivas en el diseño de las políticas y en la gestión gubernamental, dado que los aspectos de la concertación de intereses por medio de arreglos típicamente neo corporativos pasaron a competir con las formas clientelistas, corporativas tradicionales y burocrático-autoritarias en el proceso de formulación e implementación de políticas públicas sociales y para el mercado.

Después de cuarenta años del Decreto-Ley N° 200, de 1967, y de una sucesión de medidas de modernización y reforma administrativas iniciadas y no completamente concluidas, la Administración Pública brasileña enfrenta la paradoja de tener que convivir con prácticas patrimonialistas, burocráticas y gerenciales. La coexistencia de sectores con una visión feudal, con procedimientos inadecuados, junto a áreas que funcionan con una visión moderna, con métodos gerenciales innovadores, exige el diseño de estrategias diferenciadas de acción, adecuadas a cada uno de esos contextos.

En general, la maquinaria pública no se encuentra preparada y está orientada por marcos legales y normativos obsoletos, muchos de los cuales se encuentran desalineados respecto a los dispositivos constitucionales, algunos incluso no reglamentados, situación que la somete a un riesgo excesivamente alto de judicialización y, de forma contradictoria, estimula una lógica de escapismo respecto a la legislación vigente.

La promulgación de la Constitución Federal de 1988, cuyo núcleo esencial consiste en la defensa de los derechos individuales y sociales, no estuvo acompañada del necesario aporte tecnológico que habilitara al Estado para la implementación de políticas sociales así como llevar a cabo una gestión para una Administración Pública compleja, con crecientes relaciones de asociación con el mercado y con el tercer sector, en un ambiente de participación democrática. La ampliación del aparato estatal, bajo un modelo descentralizado de actuación, con baja inversión en la profesionalización de la burocracia y un uso intensivo de la tercerización, resultó en una pérdida de las capacidades de ejecución y de coordinación central, generando fragmentación y descontrol internos.

La descentralización de actividades, hacia dentro o hacia fuera del sector público, presupone supervisión y control. La actuación en red, propia de ambientes complejos, en que interactúan actores públicos, sociales y del mercado, requiere competencias de coordinación y control primario de las instituciones, de forma de garantizar el alineamiento a los macro objetivos de gobierno y a las políticas públicas sectoriales.

Se registra, en la actualidad, una convergencia entre gestores públicos, especialistas y formadores

de opinión respecto de las fragilidades y potencialidades del Estado brasileño y de la necesidad de concebir una agenda propositiva de reforma de la gestión pública, de naturaleza federativa. En 2008, el pacto celebrado entre el Gobierno Federal y los secretarios estaduais de Administración, registrado en el documento denominado “Carta de Brasilia”, durante el Congreso Nacional del CONSAD, constituyó un marco político para la gestión pública democrática. El pacto convalidó la posición de sus signatarios sobre la necesidad de promover una coalición de fuerzas en el país. Entre los desafíos asumidos, se pueden destacar los siguientes:

a) la revisión de los marcos conceptuales y legales que orientan la organización y el funcionamiento de la Administración Pública a partir de las finalidades de la acción del Estado, dispuestas en el artículo 3° de la Constitución Federal, lo que significa rediscutir los regímenes administrativos aplicables al sector público y el régimen de empleo del servidor y empleado públicos a la luz del valor que estos agregan a la ciudadanía y a sus derechos fundamentales;

b) la reglamentación de los dispositivos constitucionales referentes a la Administración Pública, especialmente en cuanto al uso del contrato dentro de los entes públicos como instrumento de coordinación y supervisión ministerial y de ampliación de la autonomía gerencial, presupuestaria y financiera (sección 8° del artículo 37 de la Constitución); la autorización para el uso de recursos, como resultado de economizar en gastos corrientes, en programas de fortalecimiento institucional y en la concesión de premios a servidores públicos (sección 7° del artículo 39 de la Constitución); la definición de las áreas de actuación de las fundaciones creadas por el Poder Público bajo el régimen jurídico de derecho privado (inciso XIX del artículo 37 de la Constitución); y la definición del estatuto de las empresas estatales (artículo 173 de la Constitución);

c) la concepción de nuevas estructuras de gobernanza para los órganos y entidades públicos, de modo de incorporar efectivamente la participación social en el proceso decisorio y viabilizar la representación cualificada de la sociedad civil y del mercado;

d) el rediseño de las formas de asociación y de tercerización de actividades públicas, comprendidas a partir de la noción clara de lo que son actividades estatales inalienables e intransferibles, a la luz de los objetivos del Estado brasileño, así como la concepción de modelos e instrumentos modernos de relación y control;

e) la profesionalización de la burocracia pública por medio del diseño e implementación de políticas de formación de carreras, de desarrollo profesional y de ubicación en funciones y cargos en comisión de dirección y asesoría mediante la adopción de criterios técnicos y objetivos;

f) la inversión en control social, no sólo a través de mecanismos que dispongan unilateralmente de información a la sociedad, sino también por medio de la creación de canales de relación que permitan la acción efectiva de control; y

g) la estructuración de un modelo equilibrado e integrado de relaciones con los poderes Legislativo y Judicial, especialmente en los asuntos referentes a la autonomía del Ejecutivo de organizarse internamente y al control de los tribunales sobre la acción pública.

2. El modelo de gestión pública para un Estado Democrático de Derecho

Las estrategias gubernamentales de ampliación de la capacidad de gobernanza y gobernabilidad estatal de los aparatos públicos están, normalmente, relacionadas con el fortalecimiento y profesionalización de la burocracia pública, con el modelaje integrado de las funciones estatales, con la absorción de nuevos conocimientos y tecnologías, con la promoción de la participación y del control social de las acciones estatales, con la inversión en la construcción de redes y sistemas articulados, y con la concepción de nuevos patrones de organización y funcionamiento de las instituciones públicas a partir de los paradigmas de la confianza y de la cooperación entre gobierno, mercado y sociedad.

En Brasil, la mejora de la capacidad regulatoria del Estado impone, adicionalmente, la revisión y

la actualización del ordenamiento jurídico-legal que incide sobre la Administración Pública, que en la actualidad se caracteriza como un conjunto de reglamentos desfasados y obsoletos, gran parte de ellos concebidos en el contexto del régimen autoritario que rigió en el país entre las décadas de 1960 a 1980, y que coexisten con el nuevo texto constitucional y con un conjunto de leyes más recientes.

La preocupación no es nueva. En 1995, el movimiento de reforma administrativa conducido por el Gobierno Federal enmendó el texto constitucional e introdujo nuevas instituciones administrativas en el ordenamiento jurídico, con el objetivo de dar mayor flexibilidad, agilidad y eficiencia a la función ejecutiva del Estado y mitigar el papel preponderante del control legal mediante su conjugación con el control de resultados y el control social, este último ejercido directamente por los ciudadanos.

Ya en aquella época era posible verificar que la deficiencia organizativa era una de las razones determinantes de la falta de efectividad de las decisiones gubernamentales. Esta deficiencia era perceptible por la generalización indiscriminada y, sobre todo, indebida del modelo burocrático de administración en todo el aparato del Estado (incluyendo, en el límite, a partir de la Constitución de 1988, las autarquías y fundaciones públicas); por la inexistencia, en los casos en que se ejerce el poder *extroverso* del Estado (N. del T.: poder de constituir unilateralmente obligaciones en relación con terceros), de formas organizativas descentralizadas flexibles y con una clara misión estatal (como sería el caso de las agencias autónomas); y por las confusiones y ambigüedades de los papeles y funciones atribuidos a las formas autárquicas y fundacionales públicas existentes, derivando, en el límite, en las llamadas entidades paraestatales y en los entes de cooperación.

La Reforma Administrativa llevada a cabo entre 1995 y 1998 estuvo orientada por un Plan Director que proponía un nuevo modelo referencial de organización de la macroestructura del gobierno federal, bajo el entendido de que reforzar la gobernanza significaba operar la transición desde un estilo de administración burocrática, rígida, entrópica y con procedimientos “controlistas” hacia un modelo de administración gerencial, emprendedor, flexible, eficiente y orientado a la ciudadanía. Este modelo distinguía, claramente, cuatro segmentos fundamentales característicos de la acción del Estado, y presentaba estrategias específicas para cada segmento de actuación del Estado: a) el núcleo estratégico; b) el sector de actividades exclusivas; c) el sector de servicios competitivos; y d) el sector de producción de bienes y servicios para el mercado.

Según el modelo referencial de organización del aparato estatal, dispuesto en el Plan Director de la Reforma del Aparato del Estado, la acción ejecutiva del Estado se clasificaba en esos cuatro sectores, caracterizados por formas organizativas, relaciones de propiedad y estilos administrativos propios. El núcleo estratégico correspondía a los órganos de la Administración Directa, responsables de las funciones de dirección superior, de propiedad exclusivamente estatal, cuyo funcionamiento observaba el modelo de gestión burocrática.

El sector de actividades exclusivas se caracterizaba por el ejercicio de las demás funciones privativas del Estado: reglamentación, fiscalización, fomento, punición y otras que exigen el poder de la autoridad. Para este sector, el Plan Director proponía la constitución de agencias autónomas¹, de propiedad también estatal, autorizadas a observar un régimen administrativo más flexible en relación con el del núcleo estratégico, mediante la presentación de resultados previamente negociados y contratados con el Poder Público. El modelo de administración propuesto era el “gerencial”, orientado a la obtención de resultados. En los sectores de servicios competitivos y de producción de bienes y servicios para el mercado, se entendía que la propiedad estatal debía ser mitigada por la coparticipación de particulares, ya sea por medio de la colaboración público-privada en la oferta de servicios sociales directamente al ciudadano o por la privatización de la actividad pública orientada exclusivamente a la producción de bienes y servicios para el mercado. En estos sectores, se sostenía que el modelo de gestión debería ser exclusivamente privado y, sólo cuando fuera necesario, regulado por contratos entre el Poder Público y terceros. Así, estos sectores eran considerados como candidatos naturales a la

cuenta la flexibilidad administrativa y la agilidad gerencial requeridas, sin evaluar otros factores internos a la administración, como la naturaleza estratégica u operacional de la actividad (y, ciertamente, una actividad puede ser estratégica y no ser privativa o exclusiva de Estado) y la capacidad operativa de la administración; también hay factores externos relevantes, tales como la capacidad del sector privado de asumir las nuevas actividades, el nivel de participación y control social existentes y los riesgos de cooptación política de la maquinaria pública. Además, aunque la dirección de las reformas estuviese en manos del Gobierno Federal, se sabía y se pretendía, de antemano, que los estados y municipios se iban a adherir en los términos propuestos en el Plan Director e implantarían los conceptos, métodos y herramientas gerenciales en el ámbito de sus respectivas administraciones públicas, como de hecho ocurrió, en una escala significativa, en el país.

3. Nuevos arreglos organizacionales en la Administración Pública brasileña

Es innegable que la Reforma de 1995 fue la responsable de los importantes avances en el modelo gerencial del sector público brasileño. Sin embargo, en los años que siguieron, no hubo la continuidad necesaria en los proyectos iniciados. No hubo la debida reglamentación de los dispositivos constitucionales que fueron objeto de enmienda, y los nuevos modelos institucionales -de organizaciones sociales, de agencias ejecutivas y hasta de las Organizaciones de la Sociedad Civil de Interés Público, OSCIP- no fueron aplicados en el ámbito federal, en la extensión que se había pretendido. En los estados y municipios la realidad no fue muy diferente. Aquellos que se apropiaron de las instituciones jurídicas creadas en el ámbito de la Reforma Administrativa, ante la ausencia de protagonismo del Gobierno Federal, acabaron por aplicarlas con base en los conceptos y paradigmas conservadores y formalistas que, precisamente, se pretendían superar, desvirtuando el sustrato original bajo los cuales fueron concebidos o, simplemente, abortaron su uso, como ocurrió en la esfera federal.

En la dimensión jurídico-institucional, el diagnóstico realizado por el Ministerio de Planeamiento, Presupuesto y Gestión, en el año 2007, constató el agravamiento del cuadro de obsolescencia, fragmentación y superposición del ordenamiento legal que define el régimen jurídico nacional de derecho público y el surgimiento de una cacofonía organizacional⁴ en la macroestructura de la Administración Pública brasileña. Esto es, una multiplicidad desordenada de formas jurídicas con estatutos jurídicos marcados por la inseguridad jurídica y amenazados por las tendencias ya sean de “autarquización”⁵ del régimen jurídico, en función de la interpretación jurídica moralizante y cercenadora de los órganos de control externo, o de tercerización de funciones públicas, por medio de la extinción de actividades y servicios estatales y su sustitución por servicios de interés público, viabilizados por las asociaciones público-privadas. Si, por un lado, la coexistencia de múltiples formas favorece una cierta fluidez en la acción de los gobernantes, quienes van a implementar sus prioridades de acuerdo con el tipo de arreglo institucional que mejor sirve a su visión de Estado, por otro, la Administración Pública pasa a convivir con una realidad jurídica, administrativa y financiera marcada por la inconsistencia, ineficiencia e incertidumbre legal, en especial en lo que se refiere a sus *modus operandi* y sus relaciones con los órganos de control interno y externo.

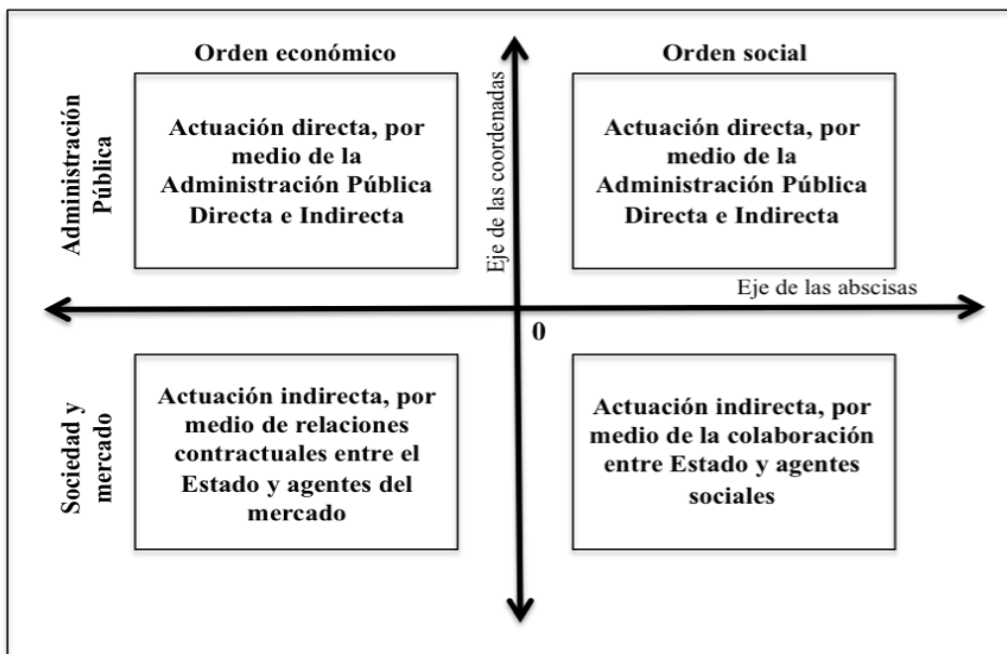
Para comprender mejor el estatuto jurídico de cada una de las formas de actuación directa de la administración y de colaboración con entidades civiles, el Ministerio, por medio de su Secretaría de Gestión, invirtió en estudios y reflexiones críticas respecto a las limitaciones, contradicciones, fragilidades y potencialidades de cada una de las formas de estructuración de las actividades de gobierno y de asociación con la sociedad civil. A tal fin, contó con la colaboración de una comisión de juristas⁶, constituida por siete de los grandes doctrinadores del área del Derecho Administrativo brasileño. El trabajo pretendió clarificar el actual *statu quo* de las diversas soluciones organizacionales adoptadas hasta el momento y definir un nuevo marco legal para la estructuración orgánica de la Administración Pública Federal. Con base en los estatutos jurídicos de las diversas figuras jurídicas,

cotejados con el mapa de los órganos y entidades de la actual estructura de la Administración Pública Federal, especialmente de la administración indirecta, se definió un modelo de organización sistémica de las formas jurídico-institucionales de actuación de la Administración Pública brasileña, representado gráficamente en un *continuum*, al cual se denominó “gradiente de las formas jurídico-institucionales”.

El Gradiente fue constituido dentro de la misma lógica de clasificación y representación gráfica de los sectores de actuación del Estado, aplicada en la Reforma Administrativa de 1995, y consiste en un modelo de análisis taxonómico de las formas de ejercicio de las funciones ejecutivas del Estado⁷, en la regulación social y de la economía⁸. Estas formas son representadas en un espacio cartesiano, dispuestas con base en los niveles de responsabilidad, de participación y de inversión directas de la Administración Pública y de los agentes sociales y de mercado, que garanticen el orden económico y el orden social, implícito en el estatuto jurídico de cada una de ellas.

La representación gráfica del Gradiente hace uso de dos ejes cartesianos. El eje de las abscisas (Eje X) clasifica la acción ejecutiva estatal según el sector de actuación, en el que, por convención, se posicionó el sector social a la derecha y el sector económico a la izquierda (Figura 2). El eje de las ordenadas (Eje Y) separa la actuación ejecutiva directa y la indirecta del Estado; por convención, el polo superior representa la acción directa de la administración pública, y el polo inferior contempla las formas de participación de la sociedad y del mercado en la implementación de las políticas sociales y económicas.

Figura II
Actuación del Estado como garante del orden económico y el orden social



Fuente: elaboración propia.

Diferenciación entre la acción directa e indirecta de la Administración Pública

Para una mejor comprensión del Gradiente de las formas jurídico-institucionales es importante discutir algunos conceptos. El primero de ellos es la diferenciación de la acción pública directa e indirecta. El Poder Ejecutivo actúa directamente para regular el orden social y económico del país cuando esta actuación es realizada mediante sus estructuras estatales, es decir, por su administración pública directa e indirecta. Estas estructuras son creadas y extintas por ley o a través de una autorización legal

específica. Sólo el mandato legal puede descentralizar o autorizar la descentralización de la competencia ejecutiva del Presidente de la República y los ministros de Estado (Administración Directa) hacia una entidad pública con personalidad propia, sea de derecho público o privado.

Los órganos de la Administración Directa y las entidades de la Administración Indirecta, regidos por el derecho público, son instituidos directamente por la ley. Las entidades públicas de derecho privado, como las empresas y las fundaciones estatales, son creadas y extintas a partir de una autorización legal específica concedida al Poder Ejecutivo para que éste las cree o extinga mediante el cumplimiento de formalidades establecidas en el Código Civil aplicables a las entidades privadas.

Sólo cuando actúa directamente, el Poder Ejecutivo ejerce actividades públicas o presta servicios públicos. O mejor aun, el ejercicio de competencias públicas y, por extensión, la prestación de servicios públicos son exclusividad de la Administración Pública. En principio, sólo la Administración Pública Directa e Indirecta ejerce competencias públicas. Cuando un particular establece una asociación con el Estado o es contratado por éste, aquél ejerce una actividad de interés público y no una actividad delegada⁹.

La actuación directa del Poder Ejecutivo presupone, por lo tanto, que la institución ejecutora de la actividad es pública, con derecho de propiedad público, lo que implica que el patrimonio, la gobernanza y la fuerza de trabajo tienen vocación y están dirigidos exclusivamente a la realización de los objetivos públicos. Cuando el derecho de propiedad es público, la dirección institucional, la supervisión y el control de la institución son ejercidos por el Poder Público, sin interferencia de terceros, sea un órgano de la Administración Directa, una autarquía, una fundación o una empresa pública.

En el caso de la empresa estatal creada como una sociedad de economía mixta, si bien el derecho de propiedad es mayoritariamente público, es posible contar con la participación de personas físicas o jurídicas de origen privado, detentora de acciones. En este caso, el sistema de gobernanza de la empresa debe garantizar el control accionario del Poder Público, pero existe también la participación de los accionistas privados, que actúan en defensa de sus propios intereses, que pueden o no converger con el interés público.

La acción indirecta del Poder Ejecutivo en la regulación del área social o económica ocurre cuando éste establece relaciones contractuales o de colaboración con agentes sociales o del mercado. En este caso, no existe descentralización de competencias públicas ni delegación de poderes al particular.

El establecimiento de relaciones de negocio o de asociación con particulares es una estrategia que puede ser adoptada por el Poder Público siempre que la adquisición de servicios o productos de terceros o la actuación cooperativa con particulares fuera, justificadamente, más adecuada, eficaz o eficiente para el interés público que la actuación directa del órgano o entidad de la Administración Pública. La decisión sobre la celebración o no de esas relaciones es del propio Poder Ejecutivo, sin necesidad de una autorización legal específica, debiendo, siempre, ser motivada.

El vínculo entre el Poder Público y las entidades civiles con o son fines de lucro es, normalmente, de naturaleza sublegal, siendo formalizado por medio de instrumentos contractuales o convenios - contrato administrativo, contrato de gestión, acuerdos de asociación (*termo de parceria*), convenio, entre otros- que establecen las bases del vínculo entre los signatarios, especialmente sus responsabilidades, obligaciones y transferencias del Poder Público a las entidades contratadas y/o asociadas. Existen casos específicos en que el vínculo de cooperación se establece por mandato legal. En estos casos, se dice que los vínculos son de naturaleza paraestatal.

Diferenciación entre las actividades privativas, no privativas y de interés público

Otra importante distinción que debe ser hecha, para una comprensión más correcta del Gradiente, es la que existe entre los conceptos de actividad pública privativa y no privativa, y la actividad de interés

público.

Las actividades públicas privativas están relacionadas con el ejercicio de las prerrogativas decisorias, normativas y ejecutivas específicas que la Constitución y la ley concedieron a las estructuras del aparato del Estado, lo que las distingue de las demás instituciones del sistema político nacional. Son tales prerrogativas: el poder de definir las condiciones y las estrategias para la implantación de las políticas públicas (dirección superior); de recaudar, administrar y aplicar los recursos públicos; de ejercer la fiscalización y el control legal de las actividades de la administración y, especialmente, del uso correcto de los recursos públicos; de fiscalizar y aplicar sanciones o penalizaciones, de conformidad con la ley, sobre los agentes públicos y privados cuando se constaten irregularidades; de otorgar títulos a personas jurídicas o naturales, generadores de derechos o deberes; de regular la actuación de los agentes públicos y privados, imponiéndoles los límites establecidos por la ley que atiendan al interés público, incluso en cuanto a la restricción de la libertad; entre otras.

Todas estas competencias (y sus respectivos poderes) tienen a la comunidad, a la sociedad en general, como destinataria y beneficiaria final. Son competencias que no pretenden beneficiar, aisladamente, a determinado ciudadano o entidad civil, aunque estos puedan ser, en muchos casos, los sujetos de la actividad estatal de naturaleza privativa. Su objetivo principal es asegurar el equilibrio democrático y social. Actúan, por tanto, en la dimensión colectiva y no en la dimensión individual.

En oposición, las actividades públicas no privativas están, normalmente, relacionadas con hacer efectivos los deberes impuestos al Estado por la Constitución y la ley, en cuanto a la provisión directa de beneficios sociales a los ciudadanos (que atiendan a sus necesidades y derechos individuales) o a la explotación directa de una actividad económica, cuando sea necesaria a los imperativos de la seguridad nacional o a un interés colectivo relevante. Estas actividades pueden ser desarrolladas por particulares, sea con el objetivo de filantropía, sea con fines económicos, de forma complementaria o concurrente.

Entre las actividades no privativas del Estado existe un subgrupo con especificidades importantes. Se trata de la modalidad de actuación estatal de prestación de servicios directos a la población o a sus instituciones en áreas en que la Constitución o la ley previeron la actuación exclusiva del Poder Público, en régimen de monopolio estatal. La exclusividad de la actuación estatal no deriva de la naturaleza de las actividades a ser desempeñadas sino del reconocimiento político del Parlamento acerca del carácter estratégico de estas áreas para el mantenimiento de la soberanía estatal, de la seguridad de las instituciones públicas o del equilibrio del mercado. Siendo así, aunque exclusivas de Estado, estas actividades no son privativas, porque no implican el ejercicio de los poderes regulatorios y de coerción propios del Estado.

Las actividades privativas, sean las de concepción de políticas públicas, de dirección de políticas, de coordinación en el alto nivel, de regulación o de fiscalización, son ejercidas en ambientes caracterizados por la confrontación de intereses y por el embate de fuerzas políticas que producen efectos sobre los sistemas públicos, de forma generalizada. Ello hace que sea de la más alta relevancia el control de conformidad de los actos de los agentes públicos en relación con los requisitos que les impone la Constitución y la ley, y plasmados en su código de ética.

En las áreas que les son privativas, la actuación estatal se distingue por un alto grado de discrecionalidad y de amplitud en las decisiones y actos administrativos, razón por la cual tiene mayor preponderancia el control de la calidad del acto que el control de sus resultados (finalístico), usualmente difícil de medir y visible sólo en el largo plazo. Se puede citar, como ejemplo, el proceso de fiscalización, donde la importancia del alineamiento de la conducta del agente público a los principios constitucionales de la Administración y a los dispositivos legales que regulan la actividad predomina sobre los efectos inmediatos y aislados de su actuación. La acción del agente público representa la garantía de la vigilancia pública sobre los actos de particulares o de otros agentes públicos. El fiscal, en su ejercicio, materializa la propia actuación del Estado y su postura afecta directamente el grado de

confianza y de respeto del ciudadano al Estado y, en consecuencia, la legitimidad de la institución a la que pertenece ante la sociedad¹⁰. Lo mismo ocurre en los procesos de formulación, regulación, coordinación y evaluación de políticas públicas y de dirección de la Administración Pública, en que la capacidad del directivo de actuar de manera legal, impersonal, moral, transparente y alineada a los principios democráticos prevalece sobre la evaluación de los efectos directos de sus decisiones.

En las áreas no privativas, especialmente la social, la actividad pública es eminentemente ejecutiva, y se hace efectiva a través de la relación directa e individual entre el agente público y el usuario de un servicio, con el objetivo de atender un derecho o una necesidad específica de ese usuario. Su ejecución, generalmente, se realiza de conformidad con la política pública sectorial y mediante normas operacionales previamente definidas, fuera de los ambientes decisorios de la Administración. La prestación de servicios puede ser evaluada objetivamente de acuerdo con los estándares públicos y con los resultados establecidos para esa prestación, pudiendo, en dicho proceso, existir la co-participación del destinatario directo de la acción pública en la evaluación (control social).

Así, mientras que en el área de las actividades de dirección y control, propias del Estado, el foco está en la conformidad de la acción estatal en relación con el código de ética, con los principios, valores y procedimientos trazados para la Administración, en las actividades no privativas este contexto cambia: la naturaleza de las actividades es diferente, los resultados son distintos y los controles también. En éstas, la calidad de los resultados alcanzados tiene preponderancia sobre la forma de prestación del servicio o actividad. Importa, en primer lugar, atender al usuario, resolver el problema del ciudadano que está frente a frente con el prestador del servicio. Sea aquél un ciudadano o una institución, es fundamental que el prestador de servicios cuente con los instrumentos y la capacidad para atender la demanda de su interlocutor, observados los estándares públicos establecidos para ese servicio.

Tanto en la atención pública prestada por un hospital como en la relación profesor-alumno de una escuela pública, lo más importante es la calidad de la relación que se establece entre el Estado y el ciudadano, y la capacidad de resolución. Los resultados de los servicios, tanto en lo que se refiere a los aciertos como a los errores, y a las eventuales fallas en la prestación del servicio, son localizados e individuales, no llegando a generar impactos en el sistema en su conjunto. En este campo de actuación existen mejores condiciones para generar indicadores de desempeño y de resultados para la evaluación del servicio de lo que ocurre en las actividades privativas. Es posible evaluar si el servicio fue o no adecuado, si atendió o no la demanda y/o las expectativas del usuario. Y, por lo mismo, es menos relevante controlar, mediante la norma, el acto del agente público, quien será, más bien, evaluado por los resultados de sus actos. En estas áreas, en virtud de la preponderancia del control del resultado respecto del control legal y normativo, el régimen administrativo podrá ser más flexible.

La posibilidad de evaluar resultados conduce a la necesidad de conjugar controles institucionales y de resultados, y de introducir, además, el control social.

Por tal razón, la revisión de las formas de actuación de la Administración Pública está condicionada a la revisión del actual ordenamiento jurídico nacional, que establece los regímenes administrativos de los órganos y de las entidades públicas, con vistas a la adecuación de esos regímenes administrativos a cada tipo de actividad estatal.

En las actividades privativas de dirección de la maquinaria pública y de concepción de políticas es muy difícil y oneroso controlar la Administración Pública por los resultados de su actuación. El impacto de las políticas públicas y de las actividades de dirección solamente se hacen visibles a mediano y largo plazo. Además, el conocimiento y la aplicación de métodos e instrumentos que permitan la evaluación de impacto de las políticas es aún un desafío a ser alcanzado por la Administración Pública brasileña. Por ello, es muy importante controlar los actos de los administradores y de los agentes públicos, especialmente porque aquellos se dan, por regla, en espacios

de alto nivel de discrecionalidad.

En las áreas de prestación de servicios no privativos, en las que es posible evaluar el resultado individual y localizado de la acción estatal, el régimen aplicable a los órganos y entidades debe considerar esta posibilidad y prever mecanismos que privilegien el control de resultados, con participación de los ciudadanos.

Finalmente, es muy importante tener clara la diferencia entre la actividad o servicio no privativo, prestado directamente por el Poder Público, y las actividades o servicios de interés público, prestados por particulares. ¿Existen diferencias entre el servicio público prestado por un hospital público y el prestado por una entidad civil?

La actividad estatal no privativa es deber del Estado, establecido por la Constitución. Por ser estatal, por ser ejercida por una entidad de la Administración Pública indirecta, está sujeta a las obligaciones y responsabilidades estatales definidas en la Constitución y en el ordenamiento legal y sublegal. Se sujeta, por lo tanto, al derecho público, debiendo observar los principios de la supremacía del interés público, de la legalidad, de la impersonalidad, de la moralidad, de la transparencia y de la eficiencia. Esta observancia es inherente a su actividad, por ser estatal. En algunos sectores, la Constitución impone incluso la laicidad, el respeto a las diferencias, la gratuidad, entre otros principios. Las actividades estatales no privativas son entonces ejercidas, como un deber, por personas jurídicas públicas, y sus responsabilidades son íntegramente públicas. En cuanto a su funcionamiento, se rige, parcialmente, por normas del derecho privado. Es el caso de las empresas estatales que, teniendo responsabilidades públicas, son regidas por algunas normas del derecho privado.

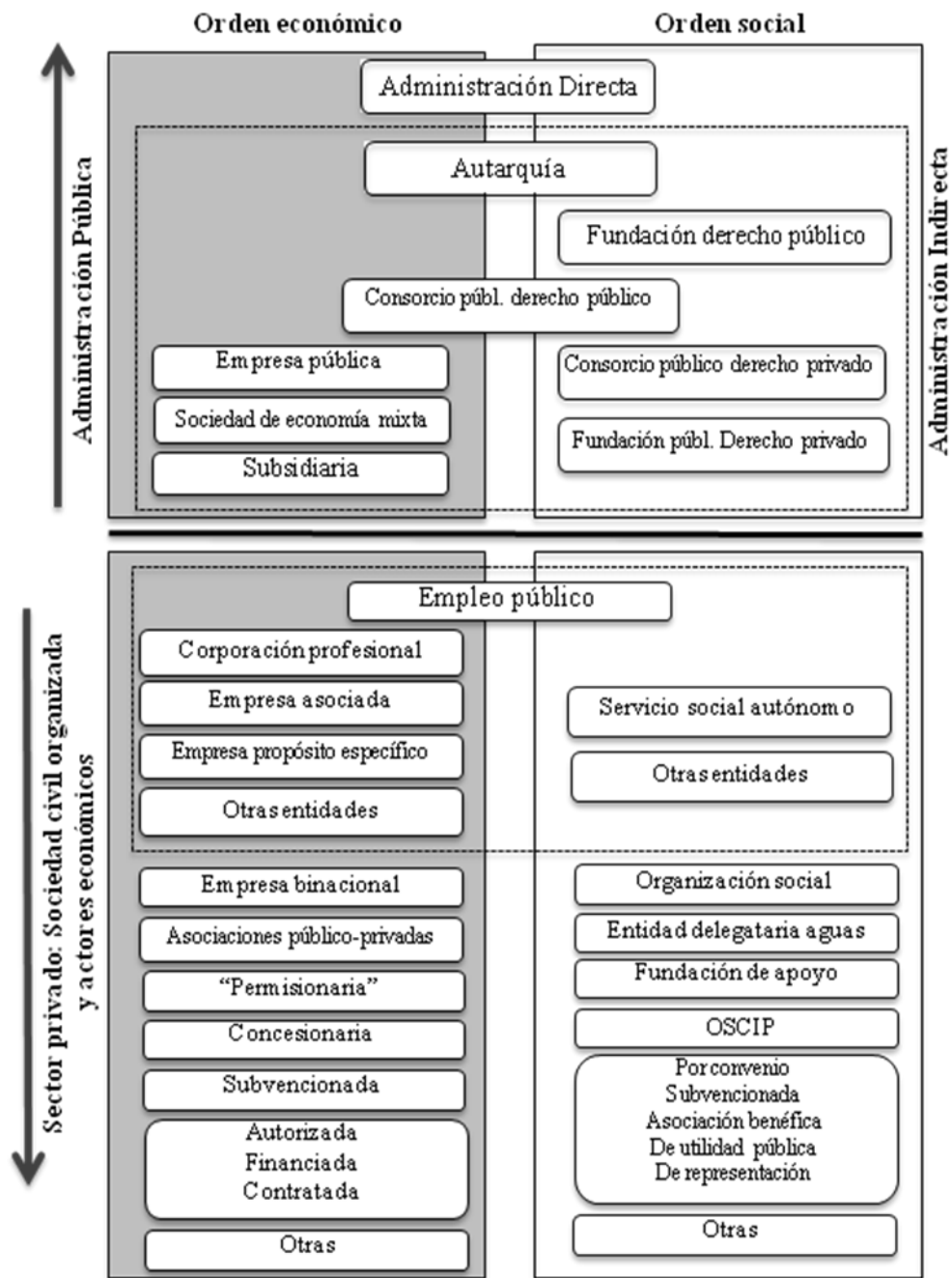
Las actividades de interés público son realizadas por particulares, quienes, por fuerza del artículo 5° de la Constitución Federal, se sujetan sólo a lo que esté expresamente determinado por la ley. Cuando un particular actúa, por ejemplo, en el área social, lo hace, normalmente, por una motivación filantrópica, de caridad, con ánimo de ayudar, a diferencia de lo que ocurre en el sector público donde lo que impera es el deber.

De manera que las asociaciones que se establecen entre el Poder Público y las entidades privadas, creadas por particulares, no tienen fuerza para transmitir el deber de la Administración Pública hacia un tercero, movido por el espíritu filantrópico. El contrato establece las obligaciones mutuas y, en este caso, el particular, por su libre y espontánea voluntad, se somete a los requisitos contractuales propuestos por el Poder Público, tales como la laicidad y el respeto a las diferencias. Es bueno observar que un hospital privado no precisa ser laico, ya que existen muchos nosocomios, como los filantrópicos, que poseen orientación religiosa. Esta orientación religiosa del particular es libre. El Estado, en cambio, es laico y sus órganos y entidades también deben serlo.

4. Elementos utilizados en la definición del Gradiente de las formas jurídico-institucionales

En la construcción del Gradiente o *continuum* de las formas jurídico-institucionales se utilizaron dos criterios principales: el grado de razón pública de la acción estatal y el área de intervención -económica o social (ver Figura 3).

Figura 3



Fuente: elaboración propia.

Respecto al primer criterio, se conviene que el polo superior del eje de las ordenadas correspondería a un mayor grado de razón pública, y el polo inferior correspondería a un menor grado de razón pública y, por consiguiente, a un mayor grado de razón privada. De esta forma, en el ápice del eje de las ordenadas están representadas las estructuras de la Administración Pública Directa, responsables de las competencias privativas de naturaleza político-estratégica, las cuales el Presidente de la República decidió mantener próximas a sí, sometidas a su poder y control político directos. Estas son estructuras eminentemente de coordinación política del Jefe del Ejecutivo, cuyo derecho de propiedad, formas de gobernanza y fuerza de trabajo son exclusivamente públicos. La administración

directa concentra el mayor nivel de control político formal del Presidente: el control sobre la burocracia es directo y jerárquico. El control democrático es ejercido mediante el sufragio y la representación en su más alto nivel de representatividad, es decir, por medio del Parlamento, y la acción ejecutiva del Estado está imbuida del mayor grado del poder delegado al Ejecutivo.

En oposición, en el polo inferior del Gradiente, donde se convino representar el punto de menor nivel de razón pública¹¹ y mayor razón privada, están representadas las formas correspondientes a la libre actuación de la iniciativa privada en la promoción de sus propios intereses o en la del interés público, este último motivado por el espíritu de filantropía y/o por inducción del Poder Público. En este polo, las estructuras son exclusivamente privadas y existe escasa incidencia del control formal. Es el *locus*, donde se encuentran los mayores gradientes del libre control del mercado y del control social directo, ejercido por los ciudadanos y sus instituciones por los medios privados del activismo político.

En relación con el segundo criterio aplicado en la estructuración del Gradiente, también por convención, se tiene el espacio de intervención estatal directa o indirecta en el orden económico representado por los cuadrantes superior e inferior a la izquierda del punto cero del eje de las abscisas. La intervención estatal en el orden social corresponde al lado derecho del punto cero del eje. Los formatos jurídicos que pueden ser utilizados para la intervención en el orden económico o en el orden social, de acuerdo al caso, están ubicados justamente al centro del eje de las abscisas (punto cero), para indicar que pueden ser utilizados en ambas áreas.

Con base en estos dos criterios, la distribución, en el Gradiente, de las diversas formas jurídico-institucionales y de las relaciones público-privadas previstas en el Derecho Administrativo brasileño consideró los principales aspectos estatutarios que definen cada una de las figuras y modelos de relaciones, particularmente los siguientes:

- a) naturaleza de su finalidad;
- b) naturaleza del ente creador;
- c) derecho de propiedad;
- d) forma de gobernanza;
- e) formas de financiamiento;
- f) régimen jurídico aplicable; y
- g) formas de control.

Respecto a la naturaleza de la finalidad estatutaria

El análisis de la finalidad de la actuación estatal es el aspecto más importante para la determinación del posicionamiento de las formas de actuación estatal en el Gradiente. Las actividades eminentemente estatales, privativas del Estado y del Jefe del Poder Ejecutivo, auxiliado por sus ministros de Estado, tales como las actividades de dirección superior, deben ser ejecutadas por la administración directa y se localizan en el polo superior del *continuum*, que corresponde al grado máximo de razón pública. Las finalidades con menor razón pública, más propias de que sean ejecutadas por agentes privados, se sitúan más cercanas al polo inferior del *continuum*.

Axioma: cuanto más arriba en el eje de las ordenadas estuviera posicionada la forma de actuación del Estado, más propia será el ejercicio de la actividad como directa y privativa de Estado. Cuanto más abajo en el eje estuviera la forma de actuación, más indirecta y más privada será la actividad.

Respecto a la naturaleza del ente creador

Cuanto más directa y exclusiva es la participación del Poder Público en la creación de la institución, más razón pública tendrá en su forma jurídico-institucional. Cuanto menor la participación del Poder Público como creador -es decir, cuando éste divide la responsabilidad sobre la institución con otros entes privados- menor es el índice de razón pública. Así, los órganos y entidades creados directamente

por el Parlamento (por ley) tienen mayor índice de razón pública que las entidades instituidas por el Poder Ejecutivo, mediante autorización legal. Estas, a su vez, tienen mayor índice de razón pública que aquellas creadas por el Poder Ejecutivo en conjunto con un particular, mediante autorización legal específica. En el polo de menor razón pública van a estar localizadas las entidades creadas exclusivamente por particulares, que mantienen vínculos eventuales de cooperación o contratación con el Poder Público o se benefician de incentivos fiscales concedidos por el gobierno en función de su actuación.

Axioma: cuanto más arriba, en el eje de las ordenadas, se posiciona la forma de actuación del Estado, más fuertes serán sus marcos constitutivos y más fuerte su vínculo con el Poder Público. Cuanto más abajo en el eje, más flexibles serán sus marcos constitutivos y habrá más participación de agentes privados en su constitución.

Derecho de propiedad

Por derecho de propiedad se entiende el derecho de los individuos o instituciones de controlar el acceso a los recursos o activos sobre los cuales tienen titularidad. El propietario tiene, sobre su propiedad, el derecho de uso, goce y disposición, entendido el derecho de uso como el de extraer de la cosa todos los beneficios o ventajas que ella pudiera prestar, sin alterarle su sustancia; el derecho de goce, como el de hacer fructificar la cosa y recoger todos sus frutos, y el derecho de disposición, como el de consumir la cosa, gravarla con cargas, enajenarla o someterla al servicio de otro.

En la Administración Pública, el derecho de propiedad estatal implica que los bienes son públicos y también su gestión, y deben ser aplicados exclusivamente a la promoción del interés público.

Así, cuando el derecho de propiedad es público, existe total sumisión del uso de ese derecho a la consecución del objetivo del interés público legítimo, sin que haya especial consideración a cualquier interés privado. El control del ejercicio de la propiedad del bien público alcanza no sólo a su utilización dentro de la finalidad a la que fue destinado, sino a su no-utilización, y a su eventual disposición, es decir, su transferencia del ámbito público al ámbito privado por medio de la llamada privatización (Tepedino y Schreiber, 2005).

Cuando el derecho de propiedad es privado, aunque no sea absoluto¹², el destino del bien respeta los intereses particulares de su propietario, que puede, en algunos casos, ser también de interés público.

En cuanto al derecho de propiedad, las formas de actuación estatal se distribuyen, en el eje de las ordenadas, desde el polo superior (el más alto grado de propiedad pública) hacia el polo inferior (el más alto grado de propiedad privada).

En todas las formas jurídico-institucionales de la Administración Pública (cuadrantes superiores del Gradiente) el derecho de propiedad es mayoritariamente público y, por lo tanto, debe ser aplicado para la consecución de las finalidades y objetivos públicos. En la Administración Directa, en las autarquías, en las fundaciones y en las empresas públicas, el derecho de propiedad es exclusivamente público y debe ser dirigido esencialmente al cumplimiento de finalidades y objetivos públicos.

En la empresa estatal constituida como sociedad de economía mixta, existe la presencia minoritaria del capital privado y, por tanto, la preocupación subsidiaria de atender el interés individual y privado del accionista, aunque la directriz predominante sea la de atender el interés público, que caracteriza el interés del mayor accionista (el Estado).

En las entidades privadas que mantienen relaciones con el Poder Público, el grado de compromiso del patrimonio con la consecución del interés público es mitigado por los intereses específicos de las personas jurídicas o naturales que detentan el derecho de propiedad.

Se tiene, por lo tanto, que las formas jurídico-institucionales situadas en los cuadrantes superiores del Gradiente se caracterizan por el predominio del derecho de propiedad público, mientras que las que se sitúan bajo el eje de las abscisas se caracterizan por el predominio del derecho de propiedad privado,

donde los resultados de la actividad institucional -nuevos ingresos, incorporación al patrimonio, así como deudas y perjuicios- revierten al particular.

Axioma: cuanto más arriba, en el eje de las ordenadas, estuviera posicionada la forma de actuación del Estado, más exclusivamente público será el derecho de propiedad. Cuanto más abajo en el eje, más exclusivamente privado será el derecho de propiedad.

Sistema de gobernanza

Mientras más próximo al Jefe del Poder Ejecutivo estuviera el órgano o la entidad pública en la estructura organizacional, más simple será su sistema de gobernanza, que tenderá a ser singular, ejercido por autoridades alineadas jerárquicamente. Esta estructura resulta, precisamente, de la proximidad al poder político original ejercido por el gobernante, que es el único servidor público electo directamente por los ciudadanos y sometido, directamente, al control político de la sociedad. Así, se hace necesario que las estructuras organizacionales directamente subordinadas a él, responsables de funciones estatales privativas que implican el uso del poder de la autoridad, estén directamente comprometidas con su dirección superior, sin otras interferencias externas.

En las formas descentralizadas del ejercicio de las competencias y poderes privativos de Estado, es posible encontrar formas colegiadas de gobernanza, compuestas exclusivamente por autoridades públicas, como forma de mitigar, entre ellas, el poder excesivo concedido a la entidad descentralizada, como en el caso de las autarquías con funciones de regulación del mercado.

En las formas jurídicas de prestación directa de servicios públicos sociales o de mercado, ya un poco más distanciadas de la dirección y el control directos del Jefe del Poder Ejecutivo, se pueden encontrar figuras colegiadas de gobernanza más creativas y abiertas a la participación externa -de representantes de las partes interesadas y de las fuerzas políticas, sociales y de mercado que inciden sobre el sector de servicios estatales.

Inmediatamente debajo del punto cero del eje de las ordenadas, en la zona de las asociaciones entre sector público y privado, se tienen los sistemas de gobernanza colegiada, regidos por el modelo de las asociaciones civiles, constituidos por actores privados, con participación minoritaria de representantes de la Administración Pública, esta última con la intención de influir en la orientación estratégica de estas entidades híbridas, dirigidas a la atención del interés público.

Finalmente, a medida que se desciende dentro de los cuadrantes inferiores del Gradiente, en dirección a sus extremidades inferiores, la influencia política directa del Jefe del Poder Ejecutivo sobre la gobernanza de las entidades asociadas o contratadas se ve mitigada cada vez más por fuerzas privadas, que intervienen y concurren en la determinación de las prioridades y estrategias adoptadas por la entidad.

Formas de financiamiento

Otra dimensión importante en la definición de la forma de actuación estatal se refiere a las fuentes de financiamiento de la acción directa o indirecta del Poder Público. Las instituciones responsables de las competencias privativas de Estado y, por lo tanto, esencialmente públicas, son financiadas directamente con recursos del presupuesto público, previstos en la ley anual de presupuesto. En las formas jurídicas de actuación del Estado que son ejecutoras de actividades que pueden ser ejercidas por particulares y cuyo derecho de propiedad es más privado y menos estatal, existe un menor compromiso directo de los recursos del presupuesto público con el financiamiento de sus actividades. De hecho, las entidades estatales que no integran la Ley Presupuestaria Anual (LOA, por sus siglas en portugués) como unidad presupuestaria, pueden ser beneficiarias de transferencias de recursos, previstos o no en la LOA, y deben ser financiadas por fuentes alternativas que provienen, por ejemplo, de ingresos propios por concepto de servicios prestados.

Las entidades civiles con vínculos paraestatales, normalmente tienen asegurados recursos fiscales o parafiscales para su financiamiento, mediante transferencia del Poder Público.

Las entidades asociadas o contratadas, situadas debajo del punto cero del eje de las ordenadas, se relacionan con el Poder Público por medio de instrumentos contractuales o de convenios, y deben disponer, necesariamente, de recursos propios para el financiamiento de sus actividades y no depender, exclusivamente, del fomento público.

Axioma: cuanto más arriba, en el eje de las ordenadas, se posicione la forma de actuación del Estado, más directo y exclusivamente público será el financiamiento. Cuanto más abajo en el eje, más exclusivamente privada será la fuente de financiamiento.

Régimen jurídico

El régimen jurídico que incide sobre la acción estatal asume contornos diferenciados en razón de la naturaleza de la competencia y los poderes públicos que están siendo ejercidos, y de la naturaleza de la entidad ejecutora -sea en lo que concierne al derecho de propiedad, a las características de su sistema de gobernanza y a sus fuentes de financiamiento.

El régimen jurídico será exclusivamente de derecho público cuando las competencias ejercidas fueran privativas de Estado, el derecho de propiedad fuera exclusivamente público, la estructura de gobernanza fuera pública y las fuentes de financiamiento fueran directas del presupuesto público, garantizadas por ley. Es decir, cuanto más superior, en el eje de las ordenadas, se localice la forma de actuación estatal, más esencialmente público será el régimen jurídico.

Cuando las finalidades de la institución atendieran objetivos privados, aunque de interés público, el régimen jurídico tenderá a ser exclusivamente privado. Es decir, cuanto más abajo se localice la forma de actuación estatal en el eje de las ordenadas, más esencialmente privado será el régimen jurídico.

Respecto al régimen jurídico, es interesante destacar que, en la región *borderline* del Gradiente, se encuentran los regímenes híbridos: a) de derecho público, con normas administrativas de derecho privado (en el caso de la Administración Indirecta), y b) de derecho privado, con normas de derecho público impuestas por la relación contractual o de convenio establecida entre la entidad civil y el Poder Público.

Axioma: cuanto más arriba, en el eje de las ordenadas, se posicione la forma de actuación del Estado, más incidencia del derecho público habrá en su régimen de funcionamiento. Cuanto más abajo en el eje, mayor la fuerza del régimen de derecho privado.

Formas de control

Son varios los controles que inciden sobre los actos del Poder Ejecutivo: el control político, el control judicial, el control social (también de naturaleza política) y los controles institucionales: control externo, control interno y control primario de la Administración Directa.

La incidencia del tipo de control y el grado de su incidencia van a variar en función de la competencia ejercida por el órgano o entidad, de la naturaleza de los poderes que le fueron delegados y de quién ejerce los derechos de propiedad sobre él: origen de su patrimonio y otros recursos, sus fuentes de financiamiento y su sistema de gobernanza.

Axioma: cuanto más arriba, en el eje de las ordenadas, se posicione la forma de actuación del Estado, mayor será la incidencia de los controles institucionales. Cuanto más abajo en el eje, mayor la incidencia del libre control social o de mercado.

5. Un abordaje pluralista de organización de la administración pública

La ordenación sistémica de las formas jurídico-institucionales de actuación de la Administración

Pública brasileña en el *continuum* representado por el Gradiente, a partir de una orientación empírica, permite dos constataciones.

La primera consiste en la necesidad de revisar las bases legales y normativas que sustentan a estos institutos, conformando el régimen jurídico administrativo que regula la actuación de las instituciones y agentes estatales, de forma de resolver sus actuales problemas de fragmentación, superposición y desalineación en relación con los dispositivos constitucionales, bajo pena de agravar el proceso de pérdida de capacidad estatal de gobernanza y gobernabilidad, en favor de actores privados nacionales o de agentes internacionales que intervienen de forma decisiva en la economía y en la política interna brasileña, como consecuencia del fenómeno de la internacionalización de la economía.

La segunda constatación es la de que las personas jurídicas que integran la Administración Pública son sustancialmente diferentes de las personas jurídicas civiles, creadas por particulares, sea por su forma de constitución, por sus finalidades y compromisos, y por el sustrato jurídico.

En el derecho privado, el surgimiento de una persona jurídica se da mediante la personalización de la unión de personas para un fin no económico (asociación); la afectación de un patrimonio para la consecución de un fin social (fundación) o de un capital para el ejercicio de una actividad económica (empresa o sociedad). Se otorga personalidad jurídica, por lo tanto, a la unión de personas, al patrimonio o al capital, y el régimen jurídico aplicable a la entidad resultará, en primer lugar, de la naturaleza de su constitución y, en segundo lugar, de su finalidad lucrativa o no lucrativa.

En el derecho público, por definición primaria de la Constitución Federal, la creación de una persona jurídica obedece, primordialmente, a una decisión del Jefe del Poder Ejecutivo, quien, en el uso de su competencia privativa de proponer leyes sobre materias relativas a la creación o extinción de órganos o entidades de la Administración Pública (artículo 61 de la Constitución), puede proponer al Congreso Nacional la delegación de competencias de la Unión a una nueva persona jurídica, mediante la descentralización administrativa, entendiéndose que, así, esta competencia podrá ser mejor desempeñada. Lo mismo ocurre en el ámbito de los estados y municipios.

El surgimiento de una nueva persona jurídica, dentro del derecho público, resulta, en consecuencia, de la decisión política del Presidente de la República, avalada por una decisión política del Legislativo, de otorgar mayor autonomía administrativa a determinada competencia pública, con el objetivo de ampliar su efectividad. Es la competencia pública la personalizada y no los recursos puestos a su disposición. La figura jurídica deriva de la naturaleza de las competencias: privativa o no privativa, y su área de actuación: si está orientada al desarrollo social o a la intervención en la economía.

Otra diferencia importante entre las personas jurídicas que integran la Administración Pública y las personas jurídicas civiles, creadas por particulares, se refiere al estatuto jurídico de cada una. La fundación pública no nace de la personalización de un patrimonio ni tampoco la empresa estatal nace de la personalización de un capital, como ocurre con las entidades civiles creadas por particulares. Ambas nacen de una autorización legal específica, que les delega competencia pública y determina su forma de financiamiento y los recursos, agentes y patrimonio públicos colocados a su disposición. La fundación pública, sea de derecho público o privado, difiere de la fundación privada en su conceptualización, en su estatuto y en los controles a los que se somete. Su gestión observará, obligatoriamente, disposiciones del derecho público impuestas en la Constitución Federal y sus competencias apuntan, exclusivamente, a la atención del interés público.

Excepción a esta regla es la empresa estatal creada bajo la forma de sociedad por acciones, que posee parte de capital público y parte privado y que, en este caso, la orientación exclusiva para la consecución de sus competencias públicas serán mitigadas por los intereses privados concurrentes de los demás accionistas. Este es un modelo híbrido de actuación estatal, público-privado, aunque con predominio de la finalidad pública.

6. Elementos de soporte a la descentralización administrativa

La decisión de descentralizar competencias públicas por medio de la creación de entidades públicas en la Administración Directa del Poder Ejecutivo, así como la elección de la figura jurídico-institucional más adecuada para asumir las competencias descentralizadas, son decisiones eminentemente políticas.

De conformidad con el párrafo único del artículo 1º de la Constitución Federal, y de su artículo 84, el Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República, electo por el pueblo, quien lo delega a los ministros de Estado. Sólo al Presidente le compete juzgar y proponer la delegación de competencias, mediante la descentralización, y la personalidad jurídica que estas asumirán, medidas que requieren ser convalidadas por el Parlamento.

Entre los principales factores que inciden en estas decisiones, pueden destacarse:

a) la necesidad de descentralizar el servicio o la actividad, es decir, los impactos sociales, económicos y políticos positivos de la descentralización administrativa;

b) la capacidad de descentralizar el servicio o la actividad: la descentralización de una competencia estatal de la Administración Directa a la Indirecta no debe implicar la pérdida de la capacidad de dirección del Poder Público, especialmente en lo que se refiere a la formulación de las políticas públicas y definición de estrategias, al acompañamiento y seguimiento de la acción estatal, y a la fiscalización de sus resultados;

c) la naturaleza de la actividad, si es privativa o no privativa, si está orientada al área económica o dirigida a fines sociales, y cuáles son los controles legales y normativos aplicables (régimen administrativo);

d) las fuerzas políticas que puedan dar sustentación a la propuesta del Poder Ejecutivo ante el Poder Legislativo;

e) la capacidad de gobernanza y gobernabilidad del Poder Ejecutivo y los instrumentos disponibles para que la descentralización de competencias no represente pérdida de control y de capacidad estatal en pro de intereses privados, es decir, el riesgo de captura de los intereses públicos por privados;

f) el grado de organización y preparación de las fuerzas políticas y sociales para el ejercicio del control social; es decir, el nivel de la ciudadanía y de la representación política de las partes interesadas en la actividad estatal a ser descentralizada, capaz de ejercer influencia en los procesos de formulación, evaluación y control de las políticas públicas;

g) la capacidad financiera del Poder Público para hacer frente a los costos de la descentralización;

y

h) la capacidad técnica de coordinar y supervisar la actividad de la entidad descentralizada, con foco en resultados.

Esta lista, no exhaustiva, de factores a ser considerados en la decisión de descentralizar, evidencia que no existe cómo determinar un modelo referencial de estructuración de la Administración Pública, en la línea propuesta por la Reforma Administrativa de 1995¹³. Alternativas adecuadas en un determinado sector o nivel de gobierno pueden ser inaplicables en otros sectores. De la misma forma, soluciones generadas para responder a las necesidades del Gobierno Federal pueden ser inadecuadas para estados y municipios, y viceversa.

Partiendo del supuesto de que a la Administración Directa le cabe ejercer todas las competencias estatales, cuándo y cómo descentralizar son respuestas que solamente podrán ser dadas caso a caso, en función de las condiciones políticas, económicas, culturales y de capacidad administrativa del ente federado.

Cuando hubiera capacidad administrativa instalada y ambiente para la adopción del modelo de gestión pública orientada a resultados, podrán ser utilizadas formas organizacionales menos rígidas, reguladas por un régimen administrativo más flexible, y conjugadas con controles efectivos de

resultados. En los sectores gubernamentales donde exista capital social suficientemente maduro y organizado que garantice calidad y representatividad al control social, podrán ser adoptadas formas organizacionales dotadas de sistemas de gobernanza más participativos y abiertos al control social. Cuanto mayor la capacidad de gobernanza y la legitimidad de un gobierno, mayor será su capacidad de garantizar la supremacía del interés público en sus relaciones de cooperación con agentes sociales y de firmar contratos con agentes de mercado.

En vez de proponer modelos referenciales de organización de la macroestructura del Poder Ejecutivo, es necesario comprender mejor las formas jurídico-institucionales de la Administración Pública y las formas de colaboración y contratación con la sociedad y el mercado, a partir de las instituciones jurídicas que sustentan el derecho público y que tienen sus bases en la Constitución Federal.

7. Conclusión

Pasados poco más de 20 años de la reconquista del régimen democrático, conviven, en el territorio nacional, sectores y regiones con una limitada inclusión social y política -con rasgos oligárquicos a veces destacados, característicos de hegemonías políticas cerradas-, y sectores en los cuales se puede observar una mayor participación social y organizaciones de grupos políticos en franco proceso de democratización.

Uno de los desafíos centrales de la sociedad brasileña y sus instituciones públicas es el de definir la arquitectura estatal y el modelo de gobernanza de las políticas públicas que conduzcan al ideal de Estado Democrático de que tratan los artículos 1º y 3º de la Constitución. Emergen principios y valores nacionales dictados por el orden internacional que deben ser contemplados en la construcción de los nuevos patrones de organización y funcionamiento de las instituciones públicas, tales como la soberanía, la legitimidad política, la inclusión social, el *accountability*, el equilibrio entre poderes, la descentralización y la eficiencia, entre otros.

La construcción de estos nuevos patrones precisa considerar, antes que nada, los diversos papeles que el Estado debe y puede desempeñar en su intervención en el orden económico y en el orden social; papeles que se modifican, de forma dinámica, a partir del grado de organización y activismo de las fuerzas del mercado y de los grupos de interés en la regulación de estos mercados. Por otra parte, es importante tener en cuenta los efectos de las tensiones entre burocracia y democracia, política y técnica, y autonomía y control¹⁴.

Además, las propuestas que pretenden modificar conceptos y comportamientos de la burocracia y de la sociedad, en el sentido de la internalización de los valores democráticos, requieren considerar las limitaciones del modelo de relaciones políticas vigente, de forma de superarlas gradualmente, al tiempo que se introducen los nuevos paradigmas democráticos y pluralistas.

En Brasil, la desarticulación de la sociedad y la timidez de sus movimientos reivindicatorios, junto a la ausencia de compromiso histórico de la burocracia con las demandas sociales, tornan central impulsar aperturas de espacios en las estructuras estatales para la participación social, de forma de posibilitar que el juego democrático pueda penetrar dentro del cuerpo burocrático (aunque, a corto plazo, ello pueda impactar negativamente en la agilidad y la eficiencia de los procesos decisorios).

En este aspecto, se puede afirmar que uno de los equívocos o vacíos de las propuestas de la Reforma Administrativa de 1995-1998, fue el de no haber intentado modificar la relación autocrática Estado-sociedad. Bajo la concepción neoliberal del Estado mínimo, las medidas de reforma afectaron negativamente la capacidad de gobernanza y gobernabilidad estatal al transferir el control de importantes sectores de gobierno al mercado y a actores sociales (con las medidas de privatización y de “publicización”), basadas en una interpretación elitista del concepto de *accountability*. La Reforma de 1995-1998 impulsó el fortalecimiento del poder de una elite burocrática, en un intento de establecer un

contrapunto a la injerencia de las fuerzas del mercado dentro de la maquinaria pública, pero olvidó impulsar, igualmente, la profesionalización del resto del cuerpo burocrático y la apertura de los espacios estatales al control social. Después de más de diez años, se puede visualizar en algunos sectores estatales, claras señales de surgimiento de una tecnocracia, muchas veces revestida de discursos moralizantes y de anticorrupción, dirigidos contra la actividad política, dentro y fuera de la maquinaria pública¹⁵.

Los aciertos y los errores del pasado, así como las posibles reflexiones a la luz de la mediación entre los constructos de la teoría marxista y de la teoría pluralista, permiten concluir que los esfuerzos gubernamentales y de la sociedad brasileña, en el sentido de implementar un modelo de gestión pública democrática que promueva los valores, principios y objetivos constitucionales, deben buscar alcanzar el ideal constitucional, considerando las reales características del sistema político vigente. La escogencia de las formas jurídico-institucionales de actuación del Estado, en cada sector y unidad política del país, debe considerar el grado de madurez y de equilibrio de las fuerzas políticas y la capacidad estatal de inducir una estructura poliárquica de distribución del poder.

El Gradiente de las formas jurídico-institucionales puede ser utilizado como una herramienta orientadora, ya que devela los constructos jurídicos del Derecho Administrativo, bajo su dimensión política, y proporciona elementos al gestor público para la escogencia de la forma jurídico-institucional más adecuada a la actuación estatal en determinado sector de actividad y región del país, a partir del análisis de las características principales del subsistema político allí vigente.

Notas

¹ Aunque no estuviese prevista en el Plan Director, la Reforma Administrativa de 1995-1998 instituyó, también, la figura de la agencia reguladora, en calidad de autarquía de régimen especial con competencias específicas de regulación del mercado, como una tecnología institucional de soporte al proceso de privatización de las empresas estatales. Con la agencia reguladora se esperaba asegurar al Estado la capacidad de ejercer su poder regulatorio sobre las actividades privatizadas.

² El Plan Director de la Reforma del Aparato del Estado denominaba “publicización” a la transferencia de actividades estatales de las áreas sociales, no privativas del Estado, a entidades constituidas por particulares y calificadas como organizaciones sociales, con la consecuente extinción del órgano o entidad gubernamental que antes ejercía aquella competencia. La asociación entre el Poder Público y las organizaciones sociales se regía por normas legales que exigían, a efectos de la calificación de la entidad asociada, una serie de requisitos de naturaleza estatutaria que implicaban la renuncia a su libertad de funcionamiento, propia de las personas jurídicas de derecho privado, y aceptar la sumisión a reglas específicas de derecho público.

³ Se alude a la meta de la efectividad en virtud de la preocupación por el problema de la gobernanza. Si la principal preocupación fuese el problema de la justicia social, por ejemplo, la meta intermediaria podría ser la equidad, etc.

⁴ El término “cacofonía organizacional” es empleado por el profesor Francisco Gaetani, ex Secretario de Gestión y Secretario Ejecutivo Adjunto del Ministerio de Planeamiento, Presupuesto y Gestión a noviembre de 2010, para denominar la falta de criterios y parámetros en la escogencia y utilización de los formatos jurídico-institucionales de actuación de la administración pública.

⁵ Existe convención en denominar “autarquización” la tendencia a extender el régimen jurídico estatutario, aplicable a los órganos y entidades públicos responsables de actividades públicas privativas, a todas las demás entidades de la administración pública indirecta y a las entidades civiles sin fines de lucro con relaciones de asociación con el Poder Ejecutivo.

⁶ La Comisión de Juristas fue instituida por providencia administrativa del Ministro de Planeamiento, Presupuesto y Gestión (*Portaria* MP N° 426, del 06-12-2007), compuesta por siete juristas del área del derecho administrativo: profesores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sergio de Andréa y Maria Sylvia di Pietro. Como resultado, la Comisión entregó al Gobierno Federal un anteproyecto de ley orgánica de la administración pública y de los entes de colaboración. El trabajo fue autoral, elaborado con total autonomía científica, sin ninguna interferencia del gobierno, y, por lo tanto, no refleja la posición del Ministerio. Con base en las sugerencias presentadas por los juristas, el Ministerio pasó, entonces, a ejecutar una agenda de debates sobre el asunto, mediante la realización de talleres y *workshops*, con participación de representantes y especialistas de la sociedad, de los sectores gubernamentales, de la clase académica y de las fuerzas políticas.

⁷ A la luz de la Constitución brasileña, compete al Estado mantener el orden social y el orden económico en el país, mediante el ejercicio de sus múltiples funciones: la función política, la función fiscalizadora, la función jurisdiccional y la función ejecutiva, entre otras. La función ejecutiva es ejercida, esencialmente por el Poder Ejecutivo, directamente, por medio de los órganos y entidades públicos que componen el aparato estatal, e indirectamente, mediante relaciones de colaboración con entidades de la sociedad civil sin fines de lucro y de contratación con entidades del mercado.

⁸ La Constitución Federal brasileña (artículo 3°) dispone que son objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil la garantía del orden social -por medio de la construcción de una sociedad libre, justa, igualitaria, libre de la pobreza y de la marginalidad- y la garantía del orden económico, de forma de promover el desarrollo nacional. La actuación estatal dirigida a garantizar el orden económico está consagrada en los artículos 170 al 192 de la Constitución. La actuación del Estado en el orden social está consagrada en los artículos 193 al 232.

⁹ La Constitución Federal establece, en el artículo 175, que sólo es posible la delegación de competencia pública a una entidad privada por medio de la concesión y el permiso, regulados por la Ley N° 8.987, del 13-02-1995. En los demás casos, sólo será servicio público si fuera prestado por una persona jurídica estatal, de derecho público o privado, investida por la ley de competencia y de los poderes estatales.

¹⁰ Es posible afirmar que, en un proceso de fiscalización, por ejemplo, es más importante en la evaluación de la política pública controlar la conducta del agente, especialmente respecto de la conformidad con la Constitución, con la ley y con la norma, que evaluar los resultados de orden financiero o del cambio en la conducta del fiscalizado, sobre los cuales pueden incidir otros factores que escapan a la gobernabilidad del proceso.

¹¹ El concepto de razón es tomado de John Rawls (1993), y se refiere a la manera que tiene todo agente razonable y racional (desde un individuo, pasando por una asociación o una organización pública) para formular sus planes, organizar sus objetivos en un orden de prioridades y tomar decisiones de acuerdo a ello. Para él, la razón pública es pública de tres maneras como razón de los ciudadanos como tales, vale decir como razón del público, (i) su objeto es el bien del público y las cuestiones fundamentales de la justicia; (ii) su naturaleza y contenido son públicos; y (iii) es conducida abiertamente dentro de esta visión.

¹² Tepedino y Schreiber (2005) señalan que la Constitución Federal de 1988 establece que el derecho de propiedad, garantizado en su artículo 5°, XXIX, no es un derecho absoluto, toda vez que el propietario tiene que darle una función social a la propiedad, de conformidad con el artículo 5°, XXIII de la Constitución. En su opinión, con ese dispositivo, la Carta Magna ratifica la opción por el régimen democrático y prohíbe la absolutización del derecho de propiedad privado, subordinando los derechos

individuales a los derechos colectivos. No sólo la propiedad pública, sino también la privada debe servir a la finalidad pública social, aunque en grados y dimensiones diversas. Según Tepedino y Schreiber, *“la noción se encuentra de tal forma consolidada en la experiencia brasileña de los últimos años, que no hay dudas de que la garantía de la propiedad no puede ser vista separada de su conformación a los intereses sociales. En otras palabras: no existe, en el texto constitucional brasileño, garantía a la propiedad, sino tan solo garantía a la propiedad que cumple con su función social”*.

¹³ Como ya fuera referido, el Plan Director de la Reforma del Estado dividía la actuación del aparato estatal en cuatro segmentos fundamentales característicos: núcleo estratégico, sector de actividades exclusivas, sector de servicios competitivos y sector de servicios orientados al mercado, y proponía soluciones en cuanto a la personalización de los servicios públicos en cada uno de esos sectores.

¹⁴ La intervención directa del Estado en la promoción del desarrollo social y económico es importante para asegurar oportunidades y derechos democráticos esenciales a los ciudadanos, especialmente en sociedades como la brasileña, donde aún existen bajos índices de ciudadanía y de organización política y social.

Entre tanto, grandes concentraciones de poder en el área estatal, especialmente en las formas de actuación directa, pueden conducir a regímenes de naturaleza más autoritaria. Por ello, es fundamental evitar la alta concentración de poder y estimular la formación de poderes secundarios, dentro del aparato del Estado y junto a la sociedad, que será mejor gobernada si ese poder fuera repartido equilibradamente y si hubiera numerosos centros de poder que controlaran a los órganos del poder central. La distribución de poder entre los diferentes actores que hacen parte de una colectividad política es uno de los indicadores de un régimen democrático.

Aun así, la tendencia antidespótica del pluralismo contemporáneo expresa también una tendencia antiestatal y entiende que la intervención del Estado debe ocurrir sólo en momentos de extrema necesidad. Aunque no se desea un retorno al modelo de Estado totalitario es fundamental evitar la fragmentación del poder central como consecuencia de la transferencia excesiva de espacios de poder a segmentos no comprometidos con los conceptos y objetivos democráticos de la República de Brasil y con las políticas públicas.

Robert Dahl (1998) enseña que: *“Una vez que los propios mecanismos jurídicos y constitucionales pueden ser subvertidos cuando algunos ciudadanos o grupos de ciudadanos ganan parcelas desproporcionadas de poder respecto a otros ciudadanos, el poder potencial de un grupo debe ser controlado por el poder potencial de otro grupo. En lugar de un centro singular de poder soberano, deben existir muchos centros, pero ninguno de ellos debe o puede ser íntegramente soberano. En la perspectiva del pluralismo norteamericano, el único soberano legítimo es el pueblo, pero el pueblo no debe nunca ser un soberano absoluto”*.

Es importante evitar que, en el intento de romper el dominio totalmente avasallador del poder público, se caiga en la “salvajada” de los poderes privados, y se permita la privatización de lo público.

En consecuencia, el mejor modo de organizar una sociedad democrática es lograr que el sistema político permita a los distintos grupos o capas sociales que se expresen políticamente, participen, directa o indirectamente, en la formación de la voluntad colectiva, sin perder, no obstante, la capacidad central del ejercicio de la parcela de poder. Una sociedad política así constituida es la antítesis de toda forma de despotismo, en particular de aquella versión moderna del despotismo que suele llamarse totalitarismo.

¹⁵ La democracia es, por concepción, humana, manchada por las pasiones, por las confrontaciones y por los acuerdos. Los espacios democráticos deben ser grandes arenas donde se confrontan las fuerzas

políticas nacionales. Nada más peligroso, por lo tanto, que entregar a la pretendida serenidad y a la imparcialidad de los actores técnicos los espacios decisorios propios de los actores políticos, eso sí, comprometidos estos con las demandas del mercado y de la sociedad, y sujetos al control político, en las urnas.

Bibliografía

- Altvater, Elmar (1993), *The Future of the Market: an Essay on the Regulation of Money and Nature After the Collapse of "Actually Existing Socialism"*, London, Verso.
- Aragão, Alexandre Santos de (2006), "A legitimação democrática das agências reguladoras", en *Agências reguladoras e democracia*, Gustavo Binenbojm (coord.), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.
- Bobbio, Norberto (1999), *As ideologias e o poder em crise*, Brasília, Editora Universidade de Brasília. 4. ed.
- _____ (2001), *Entre duas repúblicas: as origens da democracia italiana*, Brasília, Editora Universidade de Brasília.
- Cassese, Sabino (2010), *A crise do Estado*, Campinas, Editora Saberes.
- Dahl, Robert A. (2001), *Sobre a democracia*, Brasília, Editora Universidade de Brasília.
- Di Pietro, Maria Sylvia (2007), *Direito administrativo*, São Paulo, Editora Atlas. 21. ed.
- Filgueiras, Fernando (2008), *Corrupção, democracia e legitimidade*, Belo Horizonte, Editora Universidade Federal de Minas Gerais.
- Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (1995), "Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado", Brasília, Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado.
- Montesquieu (2007), *Do espírito das leis*, São Paulo, Editora Martin Claret.
- Moreira, Luiz (2007), *A constituição como simulacro*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.
- Rawls, John (1993), *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- Sennett, Richard (2001), *Autoridade*, Rio de Janeiro, Record.
- Tepedino, Gustavo y Schreiber, Anderson (2005), "A garantia da propriedade no direito brasileiro", en *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano 6 Nº 6, junho.