

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,
FINANCIERO Y PROCESAL**

AREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TESIS DOCTORAL

PRINCIPIOS GENERALES Y POLITICAS PÚBLICAS:

**Herramientas del Derecho Administrativo para
optimizar la satisfacción de necesidades y universalizar los
derechos humanos en un Estado Eficaz**

Autora : Alessandra Minnicelli

Directores : Dr. D. Ricardo Rivero Ortega

Dr. Bernardo Kliksberg

Dr. Walter Carnota

INDICE

INTRODUCCION	6
a. El Derecho Administrativo y Las Políticas Públicas. Su Enquadre.....	6
b. Enfoque y Metodología de Investigación.....	18
PRIMERA PARTE:LA EVOLUCION DEL ESTADO Y LAS POLITICAS PUBLICAS	37
CAPITULO PRIMERO: El quehacer politico del estado.....	37
1.1. Evolución Histórica	37
1.2. El Fenómeno Estatal.....	43
1.2.1. El Estado de Bienestar	50
1.3. El Contexto Histórico Argentino en El Concierto Latinoamericano.....	59
1.4. Qué son las Políticas Públicas. Aproximación Conceptual.	70
1.5. Las Políticas Públicas. Definición	73
1.6. Etapas de Desarrollo	77
1.6.1. Diseño, Formulación y Sanción	80
1.6.2. La Implementación	88
1.6.3. Consecuencias o Resultados	92
1.6.4. Control de Gestión.....	95
1.6.5. La Reformulación y retroalimentación de las Políticas públicas.....	102
1.6.6. La descentralización de las Políticas Públicas como herramienta.....	120

CAPITULO SEGUNDO: CONSTITUCIÓN y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO	146
2.1. La Fuerza Normativa de la Constitución. Un Cambio de Paradigma para el Derecho Administrativo.	146
2.2. El Estado Social y Democrático de Derecho	152
2.3. El Derecho Público como Sistema de Principios Jurídicos Coordinados	162
2.4. La Razón de Ser del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo como Derecho Común de la Administración	178
2.5. Respeto a los Derechos Fundamentales	190
2.6. La «Jurisdicción administrativa»	197
2.7. Derecho Administrativo y Globalización.....	207

SEGUNDA PARTE: ESTADO SOCIAL EN DERECHO ADMINISTRATIVO.....	211
--	------------

CAPITULO TERCERO: los principios del derecho administrativo	211
3.1. El interés público	211
3.2. Sobre los Principios Generales	222
3.3. Los Principios Generales del Derecho Administrativo.....	230
3.4. Los Principios del Derecho Administrativo en España	237
3.4.1. El principio de proporcionalidad	237
3.4.1. El Principio de Proporcionalidad y su Relación con el Principio de Razonabilidad.....	240
3.4.2. El Principio de Legalidad	243
3.4.3. El Principio de Imparcialidad.....	248
3.4.4. El Principio de Supremacía del Interés Público sobre el Privado.	250

3.5. Los Principios del Derecho Administrativo Español a la Luz de su Jurisprudencia Administrativa	255
3.6. Los Principios del Derecho Administrativo en Argentina..	262
3.6.1. Principios Constitucionales Administrativos.....	262
3.6.2. Principios del Proceso Administrativo	267
3.6.3. Otros principios del proceso administrativo.....	279
3.7. Los Principios Administrativos del Derecho Español y su relación con el Derecho Comunitario.....	281
3.7.1. La Soberanía Jurídica de la Constitución Española y su relación con el Derecho Comunitario. Implicancias para la Administración	284
3.7.2. El proceso de producción normativa en el Derecho Comunitario. Su implicancia para el Derecho Administrativo	287
3.8. El problema de los Principios como fuente del Derecho. Su implicancia para el Derecho Administrativo.....	292
3.8.1. Su Trascendencia	293
3.8.2. La inserción de los Principios del Derecho Natural en el ordenamiento jurídico.....	303
3.8.3. Principios y Derechos Fundamentales. Jerarquía y límites	308
3.8.4. Principios Fundamentales y Principios Institucionales o Sectoriales	315
3.8.5. El principio de igualdad y la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Persona	320
3.8.6. Protección Jurisdiccional	335
3.9. La Juridicidad	339
3.10. La Actividad Social del Estado y la Juridicidad	343
3.10.1. Distintas necesidades sociales, sobre las cuales interviene el Estado	346
3.11. Hacia un concepto de Jurisdicción.....	362

3.12. El Problema del Acceso a la Justicia	370
3.13. Los Principios del Derecho Administrativo que afectan a las Políticas Públicas. La Eficacia	376
CAPITULO CUARTO: el principio de eficacia.	391
4.1. Las dimensiones del principio de eficacia.....	391
4.1.1.Su funcionamiento en relación con los diversos derechos.	401
4.2. Eficacia y constitución económica.....	407
4.3. Eficacia y política social.....	409
4.3.1. Eficacia y solidaridad.....	411
4.3.2. El artículo 39 y ss. de la Constitución Española.....	413
4.4. Eficacia ambiental.....	417
4.5. Nuevas fuentes de la eficacia. Eficacia y “soft law” administrativo.	420
4.6. Interpretación de la eficacia. Eficacia y ponderación. ponderación de medios y de resultados.	424
4.6.1 Ponderación como procedimiento y como resultado.	430
4.7. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de eficacia y sus derivaciones.	432
4.7.1. El valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como fuente del Derecho Administrativo.....	432
4.7.2. Pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional en relación al principio de eficacia	436
CAPITULO QUINTO: garantías de la eficacia de las políticas públicas en el estado: responsabilidad y control.....	445
5. Eficacia y Responsabilidad	445
5.1. Principio de Responsabilidad Objetiva	454
5.2. La Gerencia Social y la Responsabilidad. Gerencia Eficiente	462
5.3. Instrumentos de Monitoreo y Control: Indicadores	470
5.4. Rendición de Cuentas y Acceso a la Información	489

5.5. El control de las políticas PÚBLICAS	501
5.5.1.La Experiencia Argentina. Red federal de Control Público.	501
REFLEXION FINAL	518
CONCLUSIONES	522
TESIS	546
BIBLIOGRAFIA	547

INTRODUCCION

A. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. SU ENCUADRE.

La problemática en las políticas públicas impone una visión multi o trans disciplinar inicial que hace que a su estudio y análisis confluyan diversas ramas del saber.

Hoy en día abundan los enfoques puramente económicos de las políticas públicas, anclados en la ecuación costo-beneficio; prevalecen también las ópticas provenientes de la ciencia política que, a partir del concepto de Estado, se decantan por vertientes que incluso abarcan a otros actores de la praxis política; “last but not least”, ha imperado en la literatura especializada más reciente, corrientes que orientan a la política pública a la ética y a la responsabilidad social, dentro de una concepción solidaria y humanista.

Como sea, no se puede eludir so riesgo de caer en enfoques solitarios, aislados, unidimensionales o parciales- la necesidad en un sistema democrático de anclaje jurídico. El quehacer político del Estado, en su devenir, no se realiza fuera del “mundo jurídico”, sino dentro de él. Si la actividad política es también jurídica (más allá de las interminables discusiones - iusnaturalistas o contractualistas- acerca del origen del Estado) en

simultaneidad y en paralelo, las “políticas” en pluralidad también se encuentran revestidas e impregnadas de *juridicidad*.

Hay así una “politicidad del Derecho”, pero no menos también una juridización del obrar estatal. En tal sentido, las construcciones sobre Derecho público, tanto el constitucional cuanto el administrativo, ocupan sin lugar a dudas un papel trascendente y relevante.

¿Para qué sirve el Derecho en este emprendimiento? El Derecho en un sentido objetivo brinda el necesario encuadramiento o estructuración a un curso de acción pública que de otro modo sería completamente libre, por no decir eventualmente caótico o desenfrenado.

El Derecho, pues, proporciona la necesaria dosis de estabilidad, y ello se ve con nitidez en el campo de las instituciones. En tal sentido, los enfoques neo-institucionalistas que aparecieron en la literatura compulsada en la década de 1990 entroncan con esta línea de pensamiento, decía North que *“cuando hay un cambio radical en las normas formales, que las vuelven incongruentes con las limitaciones informales existentes, hay una tensión no resuelta entre ellas que a la larga llevará a la inestabilidad política”*¹.

¹ NORTH Douglass C. *Instituciones, cambio y desempeño económico*. Fondo de Cultura económica –México– 1993- Traducción de Agustín Bárcena – pág. 179

Para el caso de América Latina, la revisión del papel del Estado en la formulación de políticas públicas debe abordarse en el marco de las transformaciones que ha tenido el modelo de desarrollo -el paso de un Estado de bienestar al Estado mínimo de inspiración neoliberal- y la vuelta al Estado con vocación social, como muestra el caso argentino más reciente, en el cual se planteaban formas de actuación que dejaban de lado la acción centrada en el Estado, lo que al mismo tiempo implica convocar diversas formas de organización y movilización social.

En este marco el Derecho, como expresa Gaspar Ariño Ortiz *“no es un artificio lógico, sino una disciplina de la sociedad, si ésta cambia, es inevitable que cambie aquel”*.² Compete al Jurista, *“repensar las cuestiones y ayudar, modestamente, a que el contenido de los conceptos –nuevos o viejos- refleje y conecte con la nueva realidad.”*³

El diseño y puesta en marcha de las políticas públicas significa considerar el conjunto de intereses y las perspectivas de los actores; por lo tanto su formulación es el resultado de un acuerdo en torno a la forma de abordar una situación considerada como problemática. Desde esta corriente, se habla de tres categorías de mediadores: profesionales (representantes de

² ARIÑO ORTIZ Gaspar – La administración Institucional : Origen y Personalidad – pág. 86

³ ARIÑO ORTIZ Gaspar Ob. cit.

grupos sociales), élites administrativas (funcionarios técnicos del Estado) y políticos elegidos popularmente (voceros de la sociedad civil).

En este planteamiento, ampliamente generalizado en los estudios de las políticas públicas, lo central radica en examinar procesos y resultados mediante el análisis de los intereses y las perspectivas, así como los roles de los distintos actores en juego.

Un enfoque político de las políticas públicas busca convertirlas en una oportunidad para poner aquellos asuntos claves de las agendas social, económica, ambiental, cultural y política en el terreno de la deliberación pública; ellas deben traducir lo que el Estado y la Sociedad consideran como de interés general; esto requiere involucrar directamente a las organizaciones sociales en la selección de los temas y las estrategias que definen la gestión del desarrollo. Al ser comprendidas y asumidas de esta manera, las políticas expresan pactos sociales a la vez que hacen visibles los intereses tradicionalmente ocultos de los actores hegemónicos⁴, que han buscado influir – y han logrado ser consignados - ,en los planes de desarrollo, las políticas de gobierno y la legislación.

⁴⁴ Los llamados Grupos de presión, que la Dra. María Esther del Campo García - en un artículo bajo ese nombre publicado en el Libro *Sistema Político Español* – coordinado por Paloma Román Marugán– ed 2001- Pag 155-181, difundido en www.dialnet.unirioja.net- define como “*aquellos grupos de interés organizados que no desean de forma directa el control del poder político , sino influir o presionar a los centros de toma de decisiones ...*”

Al plantearse las circunstancias por la que se vio afectada la consolidación del sistema democrático en América Latina, el Dr. Manuel Alcántara Sáez ⁵, sostiene que *“más que por la propia aceptación del concepto de democracia”, lo fue por la “acumulación de factores negativos”. Estos factores, “no excluyentes unos de otros, se han venido entremezclando habitualmente, siguiendo una simpatía, de un país con el vecino, típica ficha de dominó. El funcionamiento intrínseco de las instituciones, su eficacia, su capacidad para absorber conflictos y articular demandas, el excesivo peso e influencia de algunas corporaciones, la cultura política de los ciudadanos, la creación y distribución de la riqueza , el papel de la política internacional, etc.”*

Contextualizado con lo expuesto, en una publicación reciente, el Dr. Alcántara⁶ ha reflexionado sobre los actores, líderes y partidos de América Latina, y ha sostenido que *“Parece evidente que un mayor conocimiento del proceso formativo, de construcción de identidad política y del entorno intelectual del líder resulta imprescindible para conocer su capacidad de*

⁵ ALCANTARA SAEZ Manuel, Sistemas políticos en América latina – Volumen primero América del Sur –Tecnos - 1989 – pág. 13.

⁶ Manuel ALCANTARA SÁEZ “La escala de la izquierda *La ubicación ideológica de presidentes y partidos de izquierda en América Latina*” consultada en el sitio www.nuso.org de lo publicado en la revista NUEVA SOCIEDAD No 217, septiembre-octubre de 2008, ISSN: 0251-3552.

influencia en proyectos colectivos que de por sí suelen ser extremadamente variopintos”.

Y esa oportunidad para poner aquellos asuntos claves en las agendas de temas de interés general son destacadas en el mensaje del Dr. Bernardo Kliksberg⁷ en oportunidad de recibir la distinción de Ciudadano Ilustre de la ciudad de Buenos Aires, decía: “Los latinoamericanos aprendieron a preguntarse cómo puede ser que seamos tan pobres, porque el 34% de toda la población es pobre en una región con tantas potencialidades. Y están aprendiendo rápidamente el oficio de ciudadanos activos. Conocían el oficio del ciudadano que vota una vez cada 4 o 5 años. Están pasando de una democracia de baja intensidad a una democracia de alta intensidad. Una sociedad civil cada vez más organizada, una presión cada vez más importante por rendición de cuentas y por transparencia, cambios significativos en una serie de países. No es casual que se hayan producido cambios sociales avanzados en América Latina en los últimos años en aspectos que son fundamentales para la lucha contra la pobreza. Hay una ciudadanía que está movilizada totalmente por distintos caminos históricos, pero buscando lo que yo me he permitido llamar una economía con rostro humano. Es una economía entre todos,

⁷ El Dr. Bernardo KLIKSBURG, es Asesor Principal del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y co -Director de esta Tesis y es quien me acompañó en el abordaje sobre el rol de las políticas públicas en los procesos de desarrollo. Ver texto completo del mensaje en: <http://www.fonres.com/panel/upload/file/palabras-del-ciudadano-ilustre-dr-bk.pdf>

donde no haya exclusiones y esté subordinada a lo fundamental, que son los valores éticos del género humano, los valores que le dan sentido al género humano.”

La relación entre la acción gubernamental, el Estado y la sociedad en el marco de las políticas públicas, es planteada por Pedro Medellín⁸ señalando: “En su condición institucional, las políticas públicas no sólo expresan la particular configuración de las estructuras, funciones y procedimientos que rigen al Estado y a las organizaciones públicas, sino que también revelan la particular dinámica conflictiva en que se desenvuelve la acción pública. En su relación con las estructuras políticas, las políticas públicas expresan tanto una particular movilidad de las fuerzas políticas, como una dinámica específica de incorporación o exclusión (política, económica y social) de los ciudadanos con respecto a los asuntos del Estado. En su relación con la sociedad civil, las políticas públicas se constituyen en un poderoso instrumento de comunicación. Y en su relación con el ejercicio de gobierno se constituyen en el dispositivo crucial a través del cual los gobernantes logran imponer un rumbo definido a los Estados y a las sociedades que gobiernan”.

⁸ Sobre las políticas públicas y el régimen político. Este documento fue preparado por Pedro Medellín Torres, Consultor de la División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). El estudio forma parte del proyecto Política y políticas públicas en los procesos de reformas en América Latina. Similitudes y diversidades (Proyecto FRA/02/073) que la CEPAL llevó a cabo con el apoyo del Gobierno de Francia. Julio 2004. En red.

Para ello, se necesita un Estado Inteligente⁹ acompañado de lo que el Prof. North llama “organización eficaz”, que “implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto de la tasa social de beneficios”.¹⁰

Por cierto, en ese contexto, como expresa el Dr. Walter Carnota¹¹, “El Derecho administrativo tiene mucho que decir en este sector del quehacer estatal ya que la misma Constitución Argentina señala el camino a la sociedad y a los representantes del pueblo. La garantía, introducida por la reforma constitucional de 1994 en el Artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, expresa: “Corresponde al Congreso (...) legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de

⁹ Concepto tomado de Conferencia pronunciada por el Dr. Bernardo KLIKSBURG “Repensando el Estado para el Desarrollo Social: Mas allá de dogmas y convencionalismos” en el marco del Foro Intermunicipal Buenos Aires Sin Fronteras el 27 de abril de 1998.

¹⁰ North DOUGLASS. *El nacimiento del Mundo occidental* Una nueva historia económica (900-1700) Siglo veintiuno de España editores – 1973 -pág. 5, Allí define a la tasa privada de beneficios como la suma de los ingresos netos que percibe la unidad económica en el desempeño de una actividad y a la tasa social de beneficios como el total de los rendimientos netos (positivos o negativos) que la sociedad obtiene de dicha actividad.

¹¹ El Dr. Walter CARNOTA es Catedrático de Instituciones de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, es co-Director de esta Tesis y es quien me acompañó en la discusión sobre cómo abordar el encuadre de las Políticas Públicas en el marco del Derecho Administrativo.

oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

De tal manera que corresponde instrumentar con acciones concretas - leyes, decretos y todo tipo de actos administrativos- la reglamentación o desarrollo y puesta en ejecución de los derechos enunciados. Acciones concretas por parte del Estado para igualar las posibilidades de todas las personas en pos de su desarrollo integral. Por cuanto si una sociedad no crece es porque *“no existen incentivos para la iniciativa económica”*.¹²

La doctrina argentina, reconoce al Derecho administrativo como una rama en permanente formación¹³ (situación ya superada en el contexto español), cuyo ordenamiento no cristaliza definitivamente, *por las continuas transformaciones de la realidad que debe regular*. Ello nos permite incluir el concepto de políticas públicas, no sólo desde el punto de vista del rol del Estado en la sociedad y en la economía, sino también desde el punto de vista de los cambios en la orientación y el contenido de las acciones estatales. Lo que facilita, desde el Estado, reducir las

¹² North DOUGLASS ob. cit., pág. 6.

¹³ Juan Carlos CASSAGNE, Derecho Administrativo T^o I – Lexis Nexis – Abeledo Perrot - 8 va edición – Buenos Aires 2006.-

imperfecciones del mercado¹⁴ y producir ciertos cambios en la organización que hagan desaparecer dichas imperfecciones.

Y se necesita un Estado Inteligente porque como enseña el Dr. Kliksberg *“Hay una ciudadanía que exige una economía con rostro humano, y para mí el motor de la historia de América Latina es una ciudadanía cada vez más activa. Ello significa políticas públicas con apoyo para hacer cambios a favor de la ciudadanía. También exige responsabilidad social de la empresa privada; y está ampliando el voluntariado en la sociedad civil. Todo ello abre la posibilidad de concertaciones entre políticas públicas, empresas privadas socialmente responsables y una sociedad civil movilizada.”*

En la práctica, resulta hoy imposible en la Argentina definir al Derecho administrativo sobre la noción exclusiva de Administración Pública; la flexibilidad y dinamismo para captar la realidad histórica y adaptarse a ella, hacen que deba evolucionar permanentemente junto con los nuevos cometidos del Estado.

Participo del criterio objetivo, que en Argentina sostiene el Dr. Cassagne, para definir la naturaleza del Derecho administrativo; se la reconoce como *“aquella parte del derecho público interno que regula la organización y las funciones de*

¹⁴ No estaba en la naturaleza misma del mercado proporcionar soluciones a algunos de los agudos déficits de la vida cotidiana. Como lo plantea STIGLITZ (ob cit 2003): *“La economía moderna ha mostrado las limitaciones de la mano invisible, y de los mercados sin restricciones”*.

sustancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del Órgano Ejecutor y de las entidades jurídicamente descentralizadas, las funciones administrativas de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) y, en general , todas aquellas actividades realizadas por personas públicas o privadas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del Derecho Privado ¹⁵.

Con ese alcance, se incluye también en el contenido del Derecho Administrativo, el estudio de todas las funciones públicas de la Administración, ampliando su base temática de forma tal de incorporar el reconocimiento de la función social a cargo del Estado, que busca conciliar criterios fiscales de aplicación de recursos públicos con el principio de subsidiariedad propio de la intervención estatal y de la conformación misma de la actividad y de la organización de los poderes públicos.

Hoy la actuación estatal – sobre todo en América Latina - se va transformando, y con ella el Derecho Administrativo, a partir de verificarse una mayor presencia e iniciativa estatal en distintos ámbitos, con políticas públicas activas, que buscan satisfacer necesidades no solo respecto de las personas que integran la sociedad civil, sino la demanda de crecimiento y desarrollo de los distintos niveles territoriales, reconociéndose necesario adaptar

¹⁵ Juan Carlos CASSAGNE, Derecho Administrativo T^o I – Lexis Nexis – Abeledo Perrot - 8va edición – Buenos Aires 2006, pág. 108, ss.

en consecuencia la organización estatal y la asignación de funciones y competencias.

Cuando los cambios en las circunstancias históricas, determinan que el Estado deba asumir un rol de configurador del orden social, buscando corregir desigualdades, la Administración necesariamente debe actuar en determinados ámbitos de interés social (salud pública, previsión social, educación, vivienda, ambiente, ordenamiento territorial etc.), no cubiertos por la actividad privada.

Y este nuevo conjunto de objetivos¹⁶, de decisiones y de acciones estatales requiere de una estructura administrativa que aporte racionalidad en la administración del gasto público y un aumento de las tareas de gestión y control desde el Estado.

¹⁶ En su libro "Sin fines de Lucro" , ed Kats – 2010, pag 77, la Dra Martha C Nussbaum , analiza el desarrollo del debate político en la historia, y en ese marco la ausencia de claridad respecto de los objetivos, reflexiona que las personas no razonan entre sí del modo más adecuado y encuentra , en su repaso histórico (se referencia para ello en la *Historia de la Guerra del Peloponeso* escrita por Tucídides) , que "*casi nunca analizaban los principales objetivos de sus políticas ni se preguntan de manera sistemática cómo hacer para que los distintos elementos que cada uno valoraba encajaran entre sí*".-

B. ENFOQUE Y METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Las características del objeto de estudio que acabo de reseñar imponen señalar que, sin caer en positivismos vacuos, la fuente inicial son las normas positivas, las contenidas en la Constitución del Estado, las que aportan el contenido a los derechos fundamentales y la doctrina utilizada para el conocimiento jurídico del tema en torno a las necesidades básicas del ser humano y la tejida a su alrededor, a partir de reconocer qué lejos estamos de satisfacerlas y avanzar en los porqués y los cómo de las políticas públicas.

Se requiere un pluralismo metodológico, que combine el planteo sociológico, el planteo político, y el económico; con una visión jurídica integral que nos permita un diseño de estructuras público-privadas que, reconociendo la realidad, actúen sobre ellas. Nos referiremos con ello no sólo a las acciones positivas *del* Estado que se instrumentan a través de políticas públicas, sino a acciones positivas *desde* el Estado.

La ruptura de la sociedad tradicional y la emergencia de nuevos y múltiples actores con propósitos e intereses diversos -y en muchas ocasiones contradictorios-, obligan al diseño de nuevas herramientas para la coordinación y la articulación de la acción estatal y la gestión gubernativa; en el caso de las

sociedades industrializadas, esta sectorización obedece al surgimiento de las profesiones, las especializaciones y otras formas de fragmentación económica y social enmarcadas en la fundamentación racional de la modernidad; en el caso de las sociedades llamadas periféricas, la segmentación está ligada también a las diferencias relacionadas con las formas de exclusión social, ambiental, cultural, política y económica, de ahí que los propósitos de las políticas públicas se enlacen con la búsqueda -en este cambiante contexto- de la libertad, la justicia y la equidad.

Las políticas públicas se pueden entender como un conjunto de respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas, que requieren ser solucionadas con fundamento en la agenda gubernamental; aquí lo público se puede confundir fácilmente con lo estatal y las acciones gubernamentales con los propósitos públicos. Al confundirse la acción del Estado (como monopolizador de la gestión social) con la política pública, su estudio se centra en la indagación alrededor del tipo de acciones que desarrolla el Estado en los diferentes ámbitos de su actividad, cómo se elaboran y desarrollan y cómo se evalúan y cambian. ¹⁷

¹⁷ Cuando hablamos de “policy sciences”, nos referimos como expresa Luis F. AGUILAR VILLANUEVA ,en la presentación del libro *El Estudio de las Políticas Públicas* , pág. 7, a “ *una disciplina que pretende contribuir a la elaboración de decisiones públicas más eficaces que, sin cuentos y con sustancia, sean capaces*

El profesor Pierre Muller¹⁸, advierte que a efectos del reconocimiento del origen intelectual sobre el análisis de las políticas, se pueden identificar tres corrientes: las reflexiones sobre la burocracia, la teoría de las organizaciones y los estudios sobre la gerencia pública.

Sostiene que en tanto la sociedades se vuelven cada vez más complejas y sectorializadas, se requiere buscar formas de articulación entre la actuacione de la instituciones públicas y las de éstas con las diversas formas de organización que adquiere la sociedad civil; justifica la importancia creciente de las políticas públicas en tanto son una manera de resolver los problemas de coherencia en las sociedades que transitan de la tradición a la modernidad:

“Cualquier sociedad sectorial será necesariamente confrontada con un grave problema de coherencia social, cuando la sociedad tradicional está amenazada con reventarse, la sociedad sectorial está amenazada de desintegración si no encuentra en si misma los medios para manejar los antagonismos sectoriales, aquellos medios son precisamente las políticas

de ir abordando oportuna y sistemáticamente desoladores problemas y defectos públicos” .-

¹⁸ MULLER, Pierre. Las políticas públicas. Universidad Externado de Colombia. 2006.

públicas. (...) numerosas políticas públicas no tendrán otro objeto que la gestión de los desajustes producidos por otras políticas sectoriales: la sociedad sectorial, que está en desequilibrio perpetuo, genera de manera permanente problemas, disfunciones, o efectos perversos que deberán a su turno ser objeto de políticas públicas”.¹⁹

La transformación de las estructuras políticas y económicas de los países de América Latina ha sido objeto de estudio de numerosas investigaciones que han centrado su atención en distintos enfoques teóricos y desde distintas disciplinas. Interesa y han sido tenidas en cuenta, a los efectos de este estudio, las aportaciones de autores como Carles Ramió y Miquel Salvador²⁰, en tanto plantean una crítica a la Nueva Gestión Pública y su carácter neoempresarial, proponiendo revisar sus postulados para adecuarlos tanto a las particularidades del sector público en América Latina, como a la realidad y características propias de sus instituciones.

Como bien advierten estos autores: ***“Los valores neoliberales, empresariales e instrumentales que afectan desde el modelo de Estado hasta a las pautas culturales con las que operan los empleados públicos. Hay que tener presente que la***

¹⁹ MULLER, Pierre ob cit, pág. 30 y sgtes.

²⁰ Carles RAMIO y Miquel SALVADOR, “Instituciones y Nueva Gestión Pública en América Latina” Ed. Fundación CIDOB 2005.

Nueva Gestión Pública no es neutral, ya que se genera en unos países y en un contexto político y económico en el que predominan unos valores determinados”.²¹

Como el tema tiene escaso desarrollo normativo, para ser estudiado y resuelto, a pesar de tratarse de un asunto de trascendencia económica, política y social, he planteado el tema desde la Argentina, más allá de las aportaciones que brinda el método comparativo y que permitirán contextualizar esa realidad en los esquemas de América Latina, y cotejarlas con las tradiciones iberoamericanas en la materia.

Siempre teniendo presente que las soluciones facilitadas por los distintos modelos internacionales, solo pueden ser tomadas como referencia y que son las características propias de cada país las que determinarán su virtualidad y posibilidad cierta de ser aplicadas.

La elección del tema surgió a partir de advertir la necesidad de encuadrar el vasto dominio temático de las políticas públicas, dentro del marco de los principios estructurales del Derecho Administrativo y de profundizar el estudio de la Justicia Administrativa como institución y como técnica.

Observamos así la vinculación de la política pública con sus herramientas de control. Ya que ,la adecuación de las mismas en todo momento a las exigencias de una optima gestión impone su

²¹ Ob cit pág. 15.

adecuación permanente al interés público, que es como expresa el Dr. Miguel Domínguez Berrueta, “el factor que aglutina toda la actuación administrativa y cuya presencia es la que origina unas veces una determinada actuación y otras veces actuaciones distintas, porque no es un factor estático”.²²

El quehacer político del Estado y el encuadramiento en el derecho de la acción pública, resultan ejes de análisis de necesaria referencia en este trabajo de tesis porque en definitiva las políticas públicas, vistas como exteriorización de la orientación y contenido de la acción estatal, cumplen una función primordial de satisfacción del bien común.

La plena cobertura institucional de la justicia administrativa, la fuerza normativa de la Constitución y un control objetivo sobre la gestión de las políticas públicas con eje en la eficacia, eficiencia y mejora en la utilización de los recursos públicos, es lo que permitirá optimizar la satisfacción de necesidades.

Es necesario profundizar los mecanismos de control, incluso desde la sociedad, por la pérdida de confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos y el patrimonio públicos aplicados a

²² Miguel DOMÍNGUEZ- BERRUETA DE JUAN “Incumplimiento en la concesión de servicios públicos. Ed. Montecorvo S.A. Madrid 1981. Pág. 186. Lo que indica ,a mi criterio claramente que, los instrumentos jurídicos que plasman la decisión administrativa de ejecutar una política pública, deben, desde la etapa del diseño hasta la implementación, cumplir con los principios rectores del Derecho administrativo, y en la ejecución y control de la política pública debe reconocerse cumplido el principio de eficacia.

alcanzar la satisfacción de los intereses generales. La sociedad reclama transparencia y participación en la definición de las necesidades y en el modo de satisfacerlas o asistirles desde el Estado.

Se buscó analizar la razón de ser del Derecho Administrativo, a partir del reconocimiento de la función social a cargo del Estado, que se expresa a través de políticas públicas que buscan conciliar criterios fiscales distributivos y de aplicación de recursos públicos con el principio de subsidiariedad de la intervención estatal, como criterio fundamental para la *justificación y medida de la actividad de los poderes públicos con respecto a los ciudadanos*.²³

Las acciones que desarrolla el Estado desde la mirada de los principios del derecho administrativo, como Derecho común de las Administraciones Públicas, no están conformadas solamente por normas positivas, sino también por principios generales que sirven para articular, interpretar y completar esas normas²⁴; para

²³ Implicación ésta que conforma el amplio alcance del término subsidiariedad en el ámbito del Derecho Público, como expresa José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ el “principio de Subsidiariedad”, pág. 1276 , en Los Principios Jurídicos del derecho Administrativo –Director Santamaría Pastor- La Ley –Grupo Wolters Kluwer –Madrid -2010 –

²⁴ BERNAL PULIDO en su Obra “El principio de proporcionalidad.....”, pág. 109, referencia a Ross para definir la indeterminación sintáctica, que identifica, como otra de las causas de la indeterminación normativa de las disposiciones de derecho fundamental y señala: “*La indeterminación sintáctica se produce cuando el significado normativo de un enunciado no aparece claro tras la simple lectura*

que, en definitiva, las decisiones públicas sean eficaces desde su formulación y durante todo el proceso de diseño, desarrollo y evaluación.

En este proceso decisorio, se sitúa la reflexión sobre la separación entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Recordemos que Clavero Arévalo expresaba que *“el derecho administrativo constituye un ordenamiento jurídico público común y normal”*.²⁵

Reflexión que llevó a los tratadistas españoles a considerar que existe una verdadera retroalimentación entre derecho público y derecho privado y no una separación tajante.

El paradigma de la exclusión recíproca, entre ambas ramas del derecho, ha ido evolucionando hasta reconocerse la interconexión entre interés público e interés privado, a partir de la interpenetración del Estado y la Sociedad, lo que explica que, en el plano sustantivo exista *“un único interés general en cada caso concreto de cuya realización se trata siempre”*.²⁶

del texto, en razón de incertidumbres generales por las relaciones entre los términos que lo componen“.

²⁵ CLAVERO ARÉVALO, Manuel “Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal - Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1952- pág. 54 y sgtes.

²⁶ PAREJO Alfonso “Crisis y Renovación del Derecho Público”, Madrid 1991, pág. 25.

Y será la vieja categoría de la “*equidad*”²⁷, la que operará como siempre ha operado, “retroalimentando”, el derecho positivo para introducir las consecuencias fácticas de la aplicación estricta del mismo”, frente a las declaraciones constitucionales; la nueva conciencia de justiciabilidad de los valores constitucionales y las directivas de acción de los poderes públicos que contienen los textos fundamentales.

Buena parte de los principios generales del Derecho, han quedado constitucionalizados en el derecho español y con ello, dotados de la superioridad normativa formal que la Constitución implica.

La expresión principios generales del derecho, ya generalizada en casi todos los países, es muy certera para indicar su verdadero contenido. Al decir que se trata de “principios” se está precisando su carácter básico, en sentido ontológico, como soporte primario estructural del sistema entero del ordenamiento al que por ello prestan todo su sentido; y son “generales” porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos. En definitiva, lo general, lo comunitario es lo propio del mundo jurídico, porque son finalmente principios “del derecho”, esto es, fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales.

²⁷ Como expresan Rivero YSERN y Fernando PABLO, pág. 126 – Equidad, Derecho Administrativo y Administración Pública en España, Andavira Editora –Santiago de Compostela – 2011.

Esta tecnicidad de los principios generales del derecho es fundamental para entender cómo funcionan.

En el Derecho administrativo hay razones específicas para asignar valor relevante a los principios generales, toda vez que las normas jurídicas que instrumentan políticas públicas, no son preceptos orientados a definir una justicia abstracta, sino que se trata de una voluntad ordenada a un fin político concreto, a una conformación política determinada.

Esos fines políticos expresan, o deben expresar, verdaderas necesidades públicas como por ejemplo industrializar o desarrollar una región deprimida; aumentar o disminuir el gasto público para modificar el ciclo económico o reducir la inflación; o promover la inversión; o en general como impone la constitución española, en su art. 39 y sgtes., atender *“los principios rectores de la política social y económica”* y desde esa óptica se legitiman como determinaciones públicas y como contenidos de una norma.

Un abordaje sugerente lo suministra Eduardo García De Enterría que, siguiendo a la doctrina alemana, distingue la noción clásica de “ley”, como definidora de un orden abstracto de justicia, de lo que se denomina “ley-medida”, que por el contrario pretende resolver un problema concreto e instrumentar una política pública.

Esta realidad ²⁸ , que impone la necesidad de adoptar decisiones concretas en materias económicas y sociales; hace que se vaya produciendo una transformación en el concepto de ley. *“Los parlamentos aprueban cada año numerosas disposiciones que reciben el nombre de ley y que son decisiones concretas para la resolución de problemas concretos; o que se limitan a autorizar la actuación del Ejecutivo en un determinado campo, otorgando casi siempre a éste una amplísima libertad para adoptar las decisiones que juzgue convenientes”.*²⁹

El primer problema planteado por este tipo de leyes ³⁰ -como expresa el Dr. Rivero Ortega- , que se traducen en un tratamiento jurídico especial y distinto –beneficioso o perjudicial-, para uno o varios sujetos particularizados, es el de su compatibilidad con el principio de igualdad, que puede resultar mal parado cuando se adoptan medidas excepcionales. Ya que, “Sólo cuando el régimen especial se encuentre justificado por las circunstancias que concurren se salvará la lesión de igualdad”.

²⁸ Expuesta por el Dr. Gaspar ARIÑO ORTIZ, en su trabajo “Leyes Singulares, leyes de caso único”, Revista de Administración Pública Núm. 118. Enero-Abril 1989.

²⁹ Gaspar ARIÑO ORTIZ, ob. cit.

³⁰ Sobre las leyes medidas, leyes singulares o leyes de caso único existe una abundantísima bibliografía en el Capítulo II del libro Derecho Administrativo Económico, del Director de esta tesis Dr. Ricardo RIVERO ORTEGA - 4 Edición, Marcial Pons, Madrid, 2007 que está referenciada en este trabajo.

De ahí entonces la necesidad de un control de razonabilidad más intenso y la importancia de averiguar o investigar, la finalidad real de la norma *“ya que la finalidad perseguida por la norma va a ser la eventual razón justificativa de la desigualdad”*.³¹ Luego se *indagará si esa finalidad protege un interés constitucionalmente relevante*,³² y en tercer lugar, es cuando la Corte *enjuicia si la norma objeto de impugnación es el medio adecuado para la satisfacción del fin perseguido*.³³

Esa norma, que implementa una política pública, se transforma en un instrumento de políticas concretas y cambiantes. Inevitablemente al introducirse esas normas en la trama social, con decisiones administrativas que afectan a ciudadanos concretos, se producen necesariamente problemas de justicia, entendidos como problemas de ajuste entre situaciones, intereses y derechos, que entendemos deben resolverse con un

³¹ José SUAY RINCÓN “El principio de igualdad en la justicia constitucional” prólogo de José Eugenio Soriano Instituto de estudios de Administración local. Madrid, 1985, pág. 80 y sgtes.

³² Ob cit, *ya que éste será el único modo y caso en que el interés protegido por la norma podrá prevalecer sobre el interés constitucional de igualdad*. Pag 81

³³ *Este enjuiciamiento es obligatorio en dos casos:*

a) cuando la ley utiliza como criterio de diferenciación alguno de los expresamente prohibidos por el artículo 3 de la Constitución , o

b) cuando la ley persigue una finalidad igual a la perseguida por otra norma, sin que, aparentemente, se adviertan exigencias objetivas secundarias que puedan justificar su existencia en el ordenamiento jurídico. Ob cit ..Pág. 83 y 84.

sistema de principios generales del derecho capaces de calificar y encauzar toda clase de situaciones, aún las nuevas e imprevistas . Porque, en definitiva, la justicia es un criterio ineludible para el funcionamiento de la vida social.

A las políticas públicas, en general, se las ha vinculado con las llamadas potestades discrecionales, que pueden suponer, en alguna medida, una libertad respecto de la Ley. Pero para que esa libertad no se traduzca en arbitrariedad, se hace inevitable un sistema de principios generales del derecho que sean resueltamente aplicados por los jueces y que puedan restablecer los contenidos de justicia.³⁴

La expansión de las políticas públicas está asociada, en el siglo XX al crecimiento del denominado Estado de Bienestar, cuando comienza a extenderse la actividad del Estado a áreas donde su competencia era escasa o nula. La vida del fenómeno estatal no se halla detenida ni cristalizada sino que por el contrario implica movimiento y dinamismo.

En la peculiar dinámica del Estado, el ejercicio eficiente del poder, -entendido como fuerza unitiva que da orden y sentido a todo el conjunto-no puede ser desordenado ni descoordinado.

³⁴ *El ordenamiento jurídico*, como expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, cuenta con esos principios de justicia material, que son los llamados principios generales del derecho, nódulos de condensación de valores ético-sociales y también centro de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento, pág. 71 . Legislación Delegada Potestad reglamentaria y Control Judicial – Civitas – Madrid 1998

Necesita trazarse un plan. Para ello tiene que proponerse metas, objetivos y fines; tiene que valorar; tiene que escoger; tiene que medir resultados; debe ponderar³⁵ ; tiene que seleccionar proyectos, moverse entre opciones, definir estrategias y tácticas.

En este marco, las políticas públicas son formuladas por el Estado y se proponen impactar en la sociedad y la administración pública tiene a su cargo las acciones necesarias y aporta los recursos para la implementación de las políticas y programas gubernamentales.

En el estudio y análisis de las políticas públicas existen distintos enfoques que privilegian momentos y aspectos específicos en su análisis conceptual y abordaje metodológico.

Karl Loewenstein decía que *“si el fin más noble de la sociedad es alcanzar aquel estado que permita el máximo desarrollo de la personalidad de cada miembro, se puede decir que el grado de acercamiento a dicho fin se corresponde con los progresos que cada sociedad estatal ha realizado en relación con*

³⁵ BERNAL PULIDO en El principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – 3era edición – Madrid 2007., pág. 183, expresa que *“ponderar es una metáfora que alude a la acción de atribuir un determinado valor o peso a dos intereses o bienes que entran en conflicto en un caso concreto, para decidir cuál debe prevalecer y para solucionar de esta forma un determinado problema constitucional.*

aquellas instituciones destinadas a controlar y limitar el poder político".³⁶

La vertebración del control de las políticas públicas va a estar condicionada por la estructura del gobierno (si es presidencial o parlamentaria) y por la estructura del Estado (unitario, regional o federal).

En el caso español, a partir del texto constitucional del 1978, la Constitución es *norma de normas*, es decir, adquiere un neto valor jurídico como cabeza del ordenamiento.

La construcción relativa a la fuerza normativa de la Constitución, está consagrada en el art. 9.1 de la CE: "***los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto de ordenamiento jurídico***". Y las referencias al principio de legalidad y jerarquía normativa (9.2); al sometimiento pleno de la administración a la ley y al derecho (103.1); el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1), dan vida a la aludida fuerza normativa de la constitución y delimitan lo que se condensa con el sintagma "Estado Social y democrático de Derecho".

De esa forma, el paraguas del Estado Social, amplía notablemente la "agenda" de las políticas públicas y exige que ellas sean coordinadas y articuladas en pos del "interés general", bienestar general o bien común público. Así , ha dicho el Tribunal

³⁶ LOEWENSTEIN Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona 1979.

Constitucional español en la sentencia 18 de 1984, en su fundamento jurídico tercero: *“ 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 armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía derecho público-derecho privado y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una calificación legal sobre su naturaleza jurídica”*.

De allí que para abordar, estudiar y analizar la principiología del derecho administrativo en España haya que escudriñar la matriz del Estado Social y democrático de derecho que viene instaurado por el artículo 1.1 del texto fundamental de 1978.

Este artículo, contiene *“el principio democrático que impone que las medidas de intervención en los derechos fundamentales, aprobadas por la mayoría parlamentaria, no sean declaradas inconstitucionales sino cuando sea posible evidenciar, mediante una fundamentación acertada, que tales medidas transgreden el contenido de los derechos en los cuales intervienen”*.³⁷

Del mismo modo, la centralidad en el ordenamiento jurídico español, de los derechos fundamentales, no es un dato menor e irrelevante para el derecho administrativo, sino que asume capital

³⁷ Como señala BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad...* Pág. 67 citando a R. Alexy.

importancia en el contexto del principio de eficacia, ya que la obtención del resultado deseado de la política pública estará en directa relación con la satisfacción de los derechos fundamentales.

Nos propusimos en el trabajo revisar el concepto de jurisdicción porque entendemos que la función jurisdiccional es, en nuestros días, el centro álgido de las garantías que el Estado debe poner a disposición de los sujetos de intereses tutelados por la norma jurídica, para responder a la necesidad de infundir certeza a la titularidad y ejercicio de los derechos individuales y sociales.

La realidad jurídica de nuestros tiempos nos muestra que aquella función privativa se ha visto notablemente ensanchada y el orden jurídico confía hoy a los jueces no sólo la composición de litigios sino también, y esencialmente, la declaración de voluntad legislativa y hasta la ponderación de situaciones o relaciones jurídicas nuevas. Es así que la esencia de la jurisdicción no puede buscarse hoy solamente en la “definición del litigio”.

No interesa ya sólo la coherencia interna de los razonamientos lógico-argumentales, sino que también va intentar aprehenderse la eficacia de las acciones encaminadas, dentro de escenarios políticos y económicos de creciente complejidad. El

desafío es encarar esas pautas de eficacia sin evadir los necesarios marcos constitucionales de acción.³⁸

Autores como Allí Aranguren han trabajado el concepto de eficacia que se relaciona con la buena gobernanza, afirmando que ésta “se basa en los principios de transparencia y responsabilidad, lealtad y equidad, eficacia y eficiencia, respeto al Estado de Derecho y al rigor moral de los comportamientos, todos ellos fundamentan la nueva Administración abierta, transparente, accesible y receptiva”.³⁹

El entrecruzamiento de los ámbitos públicos y privados, que conllevó el Estado de Bienestar, implicó la aparición en escena de un numeroso arsenal de políticas públicas, y con ellas no sólo un control de legalidad o de juridicidad, que son los que recogen habitualmente las teorías jurisprudenciales y doctrinales, sino también de orientación hacia la obtención de resultados y su medición, dependiendo, claro está, del entramado de circunstancias de tiempo, modo y lugar.

³⁸ Fernando SAINZ MORENO, plantea que: “*La ética pública exige, pues, normas de organización que favorezcan los valores positivos e impidan o dificulten los comportamientos indeseables, de modo que la ética pública, aún teniendo su base antropológica en la conciencia de cada servidor público, se desarrolla en el seno de una organización cuyas reglas de funcionamiento estimulan u obligan, en ciertos casos, a seguir pautas de conducta determinadas.*”- pág. 517 “*Ética Pública positiva*” en Estudios para la Reforma de la Administración Pública - Instituto Nacional de Administración Pública- Madrid- 2004.

³⁹ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, La construcción del concepto de Derecho Administrativo Español -Thomson Civitas, Madrid, 2006.

La eficacia, concebida como capacidad de producción de un efecto deseado, no es sinónimo de eficiencia. Esta última remite a un juicio de optimización acerca de los medios empleados. Si se profundiza la diferenciación, se cae en la cuenta que la eficiencia evoca una minimización de costos (control de costos), mientras que la eficacia se orienta hacia el hecho de haber obtenido los resultados propuestos (control de resultados). Así, la eficacia retoma la idea del carácter “vicarial” de la Administración Pública en relación con los administrados.

Los principios generales del Derecho Administrativo constituyen una guía indispensable de orientación para la formulación, diseño, implementación y control de las políticas públicas. A su vez, ayudan a la interpretación y aplicación de un derecho en permanente movilidad y transformación como el Administrativo.

La legalidad, la razonabilidad, la proporcionalidad y otras directrices más, son comunes a la experiencia jurídica argentina y española. Cabe resaltar, como talante más actual, a la juridicidad, con las implicaciones de la tutela judicial efectiva que concretiza el contencioso- administrativo, y el respeto a los derechos fundamentales.

La eficacia es, sin duda, un principio general del Derecho Administrativo que afecta a las políticas públicas.

PRIMERA PARTE: LA EVOLUCIÓN DEL ESTADO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

CAPITULO PRIMERO: EL QUEHACER POLÍTICO DEL ESTADO

1.1 - EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El tratamiento de las políticas públicas, dentro del decurso histórico, exige la comprensión temática desde su aparición y desarrollo. En principio, la expansión de las políticas públicas está asociada en el siglo XX al crecimiento del Estado denominado *Welfare State*⁴⁰, traducido al español con el nombre de Estado de Bienestar⁴¹; en realidad, se puede hacer coincidir la aparición de

⁴⁰ En “Las transformaciones del Estado contemporáneo” –Ed. Alianza- Madrid 1982 GARCÍA PELAYO – pág. 14 , expresa que el concepto “*se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social*” y continua señalando con apoyo doctrinario que “*es un concepto mensurable en función de la distribución de las cifras del presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices, y los problemas que plantea, tales como sus costos, sus posibles contradicciones y su capacidad de reproducción, pueden ser medidos cuantitativamente.*”

⁴¹ Para abordar este capítulo y trabajar el concepto de Estado de Bienestar, se ha tenido en cuenta numerosa bibliografía, en especial los trabajos de los Dres. Navarro, V. (2000) “*La economía política del Estado de Bienestar*”. En *Globalización Económica, Poder Político y Estado del Bienestar*. Barcelona: Ariel Sociedad Económica, pp. 31-95; Picó, J (1996) “*Modelos sobre el Estado de Bienestar. De la ideología a la práctica*”. En Casilda, R. y Tortosa, J.M. *Pros y Contras del Estado de Bienestar*. Madrid: Tecnos. Y Ritter, G.A (1991) *El Estado*

las políticas públicas con el Estado Bismarckiano, cuando se estudia la posibilidad de extender la actividad del Estado a áreas donde su competencia era escasa o nula (originalmente, por ejemplo: la seguridad social).⁴²

Esta simbiosis entre un tipo de actividad y un determinado tipo de Estado, hizo que la relación se estrechase más con el tiempo, propiciando el estudio de las políticas dentro del enfoque de la Teoría del Estado.

Actualmente, el entendimiento de las políticas públicas es mucho más comprensivo que la reducción a determinadas áreas del Estado central, o a determinados Estados particulares y en su conceptualización se avanza más allá de definirla como el *“conjunto de normas que existen sobre una determinada problemática así como el conjunto de programas u objetivos que tiene el gobierno en un campo concreto”*.⁴³

Social, su origen y desarrollo en una comparación internacional. Madrid: Mº de Trabajo, Caps. III, IV, V Rodríguez Cabrero, G. (1997) “Conflicto, Gobernabilidad y Política Social”. En Giner, S. y Sarasa, S. (eds.) *Buen Gobierno y Política Social*. Barcelona: Ariel Ciencia Política.

⁴² Estudiar las políticas públicas, como lo señalan Yehezkel DROR (1971) y John T. DYE (1976) -citados por García Palacios- (García Palacios, Omar. *Las Políticas Públicas: Productos del Sistema Político. Nicaragua*. En: <http://www.ciudadpolitica.com>.) implica analizar qué hacen los gobiernos, cómo y por qué lo hacen y qué efecto produce. Este tipo de evaluación arroja como resultado el nivel de cumplimiento de los compromisos sin examinar necesariamente el proceso político y social que permitió generar la política.

⁴³ SUBIRATS, Joan. *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración INAP*. Madrid. 1989

Parte de la discusión ya no se centra en el soporte ideológico-productivo de cada Estado (Capitalismo vs. Socialismo), o partidario dentro de un Estado (Republicanos vs. Demócratas en los Estados Unidos), sino que indican en la práctica a toda actividad o gestión de la autoridad pública, ya sea esta Nacional, Estadual-Provincial, o Municipal.

De esta manera, si bien se centra el estudio en la capacidad de gestión del poder público, el camino recorrido va desde un Estado policial ejemplificador del más puro sistema liberal, pasando por un Estado intervencionista, regulador e incluso deficitario en determinadas áreas de gestión, hasta un Estado en retroceso que ha perdido las posibilidades de actuar como árbitro o garante ante los conflictos sociales.

La discusión sobre el significado y alcance de las políticas públicas, pone sobre la mesa el papel que han cumplido los diversos tipos de Estado, al tiempo que señala una nueva forma de relación entre la sociedad y el Estado, probablemente entendida como pacto, enlace o consenso.

Más allá de las múltiples interpretaciones que se pueden encontrar en la literatura especializada sobre lo que significan las políticas públicas⁴⁴, es probable que la verdadera riqueza de su

⁴⁴ Harold LASSWELL, (1996) "La concepción emergente de las ciencias políticas". En Aguilar Villanueva, Luis F. *El estudio de las políticas públicas*. Primera Antología. México: Miguel Ángel Porrúa, pp. 105-117. Define en los años cincuenta a la política pública como: "...disciplinas que se ocupan de explicar los procesos de

abordaje consista en examinar los términos con los cuales se está configurando la relación actual entre el Estado y la Sociedad Civil, la naturaleza de esas relaciones, los cambios detonados por el modelo neoliberal, y, en el fondo, su capacidad real para abordar con eficacia la solución de las complejas problemáticas que vive la sociedad.

De acuerdo con Héctor J. Zimerman: “*las políticas públicas han alcanzado en los últimos años en Latinoamérica un potencial de desarrollo, especialmente en lo relacionado con los aspectos teóricos, y la conformación de redes para estimular la investigación en el área (...)*”⁴⁵

En una versión democrática, toda política pública debe dirigirse a la legitimación del Estado y la acción gubernamental,

elaboración y ejecución de las políticas..., con base científica, interdisciplinaria y al servicio de gobiernos democráticos”, veinte años después en 1971 agregaría un punto crucial en la definición: “el conocimiento del proceso de decisión y el conocimiento en el proceso de decisión”. Lo primero referido a las habilidades profesionales necesarias para participar en la toma de decisiones públicas (conocer el proceso de decisión de la política) y lo segundo referido a las habilidades científicas requeridas para contribuir a la invención de una teoría y práctica confiables (incorporar datos y teoremas de las ciencias en el proceso de decisión de la política con el propósito de mejorar la decisión pública). Es decir, había una diferencia entre ciencia para comprender (conocimiento del proceso de decisión) y ciencia para decidir (conocimiento en el proceso de decisión). Esta diferencia desarrolló dos tendencias de las políticas públicas: el policy studies (estudios de políticas) y el policy analysis (análisis de políticas).

⁴⁵ ZIMERMAN, Héctor. *Aparición y desarrollo de las políticas públicas*. Artículo presentado en el primer Congreso Argentino de Administración Pública, Sociedad, Gobierno y Administración Pública, Rosario, 30 de agosto a 1° de septiembre de 2001. En red.

ampliando su capacidad para orientar la sociedad hacia el cumplimiento y disfrute pleno de los Derechos Humanos y del *Desarrollo Humano*⁴⁶, con respaldo jurídico, favoreciendo la igualdad social, en el marco de una amplia movilización ciudadana.

En los modernos Estados de Bienestar se desarrolla una suerte de resignificación de conceptos. El concepto de igualdad comienza a tener una dinámica propia, dentro del ordenamiento jurídico, ya no se trata de invocar la igualdad como valor supremo reconocido por el derecho. Para entender el concepto hay que contextualizarlo en el conjunto de técnicas, instrumentos y mandatos que las propias Constituciones establecen para el logro del valor supremo y que actualmente se revelan como los mecanismos idóneos de tutela.

La mirada se posa justamente sobre esos mecanismos idóneos de tutela: la igualdad de oportunidades, las acciones positivas y la accesibilidad universal .Entender el concepto depende en buena medida la eficacia de una adecuada estructuración y control del reconocimiento de los derechos de los individuos y de las normas diseñadas para el disfrute de esos derechos en forma universal. ⁴⁷

⁴⁶ Hoy se habla de desarrollo humano, una noción acuñada en los años noventa por el programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), cuando inició la publicación anual de sus informes sobre Desarrollo Humano (DH).

⁴⁷ Para profundizar sobre el tema de la Toma de decisión en Políticas Públicas, han sido consultados los trabajos de los Dres. Gomá, R. y Subirats, J. (1998) *Políticas*

Al reconocer y constatar a la diversidad como fenómeno ya no sólo social, sino muy especialmente jurídico a considerar, surge, dentro los propios fines de un Estado social, formular la igualdad desde el planteo de corregir desigualdades, mitigando o eliminando los obstáculos que limitan el pleno goce de los derechos que integran el catalogo o estatuto de ciudadanía de aquellos colectivos necesitados de protección especial o en situación de desigualdad⁴⁸.

públicas en España: contenidos, redes de actores y niveles de gobierno, pp. 13-36 y 365-406. Gunther, Richard (1997) "El impacto del cambio de régimen sobre las políticas públicas: el caso de España". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 9, pp. 3-28. Lukes, Steven (1985) *El poder. Un enfoque radical*. Madrid: Siglo XXI, pp.1-27 y 60-79. March, James G. y Olsen, Johan P. (1993) "Elección organizativa en condiciones de Ambigüedad". En Ramió, Carles y Ballart, Xavier (eds.) *Lecturas de Teoría de la organización*, Vol. II, pp. 247-263. Meny, I.; Thoenig, J. C (1992) *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel, pp.129-157. Pfeffer, Jeffrey (1993) "Comprensión del papel que juega el poder en la toma de Decisiones". En Ramió, Carles y Ballart, Xavier (eds.) *Lecturas de Teoría de la organización*, Vol. II, pp. 61-118.

⁴⁸ Para un panorama de los fines del Estado Social en especial su relación con el principio de igualdad: LUCAS VERDU, P.: *Las transformaciones sociales del Derecho Político actual*. Publicaciones del Real Colegio Español de Bolonia. Barcelona, 1958, p. 62 ss; MARITAIN, J.: *El hombre y el Estado*. Buenos Aires, 1952, p. 35; GARCÍA PELAYO: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Universidad, Madrid, 1977, p. 26.

1.2 - EL FENÓMENO ESTATAL

El Estado debe ser entendido en los distintos niveles de análisis que plantean las diversas perspectivas teóricas.⁴⁹

En primer lugar, se deben observar las relaciones contradictorias entre sus aspectos capitalista, burocrático y democrático. Estas dimensiones lo constituyen en el nivel social.

En segundo término, el Estado puede ser visto como un compuesto de redes organizacionales. Se observan de ese modo las distintas estructuras que difieren en su *capacidad política y legal para controlar recursos internos y externos*⁵⁰; los aspectos presupuestarios, al personal que integra su elenco y a los apoyos políticos que puedan existir.

En tercer lugar, el Estado es también un ámbito en el que se definen y diseñan decisiones sobre las que los diversos grupos tratan de influir. Los hechos resultantes pueden ser diferentes y dependen de los intereses en disputa y de las capacidades que estos grupos puedan desplegar.⁵¹

⁴⁹ Cada perspectiva considera que el *poder* opera en un nivel diferente.

⁵⁰ ALFORD y FRIEDLAND, *Los poderes de la teoría. Capitalismo, estado y democracia*. Manantial, Buenos Aires.

⁵¹ Para todas las perspectivas el estado es visto como un instrumento para la reproducción del orden social, como un organismo que maneja el conflicto social, o como un foco potencialmente explosivo de contradicciones sociales.

Por lo tanto, resulta importante estudiar los mecanismos con que cuentan aquellos que demandan políticas sobre el aparato gubernamental, ya que las distintas perspectivas teóricas tienen sus propias definiciones acerca del concepto de Estado.

Un abordaje amplio entiende al Estado como una comunidad política total, o una comunidad política organizada, por ello el Estado implica ante todo una convivencia humana (“the social basis of politics”, al decir de Lipset), enmarcada en un territorio o base física o soporte geográfico⁵² y por ello señala que "*Cuanto más próspera sea una nación, tanto mayores son las posibilidades de que se mantendrá una democracia*".

Siempre hay un elemento del Estado, además del territorio y de la población, que se destaca por su importancia y significado, que es el poder.

Tan relevante es el poder, entendido en el contexto de este trabajo, como la fuerza o energía que se despliega para la consecución del bien común público, que ciertas concepciones llegan a identificar al poder con el Estado mismo, en una visión mucho más restringida del fenómeno estatal.

⁵² LIPSET, Seymour Martin (1963): El hombre político. Las Bases Sociales de la Política; EUDEBA, Buenos Aires. Asimismo, sobre los “supuestos políticos” (humano, social y espacial o físico), ver la tradicional obra de JIMENEZ DE PARGA, Manuel, “Los regímenes políticos contemporáneos”, Madrid, Tecnos, 1983, p. 69 y ss.

Sin embargo, los conceptos amplio y restringido se vinculan entre sí, puesto que el centro de gravedad del Estado sigue siendo el poder, quien es quien lo configura, le da orden y estructura. La doctrina argentina ha señalado que *“los elementos indicados (pueblo y territorio) que conforman la materia del Estado, se hallan integrados en una ‘unión u orden’ que es la causa formal del Estado, o principio que ‘informa’ tales elementos y los transforma en el ser estatal. De ese modo surgen como propios la autoridad y el ordenamiento jurídico positivo...Si bien la función del orden como causa formal del Estado produce el aglutinamiento e integración de los elementos materiales que él contiene, se hace necesaria la presencia del poder estatal que encause y oriente y, en algunos casos, dirija la acción de la comunidad, que dicte las normas imperativas, ejerciendo la facultad de utilizar la coacción para lograr la aplicación y efectividad de las conductas⁵³. Sin ese poder es evidente que la unidad de orden que predica la causa formal no puede subsistir. Claro que ese orden, causa formal del Estado, precisa ser determinado en el terreno existencial por medio de una organización jurídico-política, cuyos caracteres se regulan en el ordenamiento jurídico básico, que hoy se denomina*

⁵³ Efectividad de las conductas y como expresa Fernando SAINZ MORENO, efectividad en los comportamientos éticos que, *“son conductas personales, pero también la organización y el contexto social y político en que se producen tienen un valor determinante. De modo que las normas administrativas pueden estimular las virtudes positivas o, por el contrario, favorecer el envilecimiento de las personas,* pág. 517 *“Ética Pública positiva”.* Estudios para la Reforma de la Administración Pública -Instituto Nacional de Administración Pública- Madrid- 2004

Constitución”.⁵⁴ En el mismo sentido, ya había expresado Jellinek, que **“toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación.”**⁵⁵

Asimismo, al Estado se lo puede entender como una “entidad” o una “relación”. Como entidad, es un conjunto de organizaciones separado de la sociedad. **“Si el estado es una entidad, con autoridad legal y el monopolio de la fuerza legítima, entonces resulta lícito referirse a las esferas pública y privada, y diferenciar el Estado, la economía y la cultura. Este lenguaje presupone la existencia del Estado como un conjunto separado de instituciones, organizaciones o funciones, que son afectadas por los grupos de interés, las élites o los agentes de clase”** (Alford y Friedland, 1991).⁵⁶

⁵⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 31.

⁵⁵ JELLINEK, Georg, “Teoría General del Estado”, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 394.

⁵⁶ En la clásica obra de ALFORD Y FRIEDLAND (1991) *Los poderes de la teoría. Capitalismo, estado y democracia*. Manantial, Buenos Aires. Él sostiene que, el Estado puede ser visto desde tres perspectivas: la pluralista, la dirigencial y la clasista. La perspectiva pluralista se centra en el nivel de análisis individual, las relaciones políticas de intercambio e interacciones, la dimensión clave de lo social es la cultura (los valores). La perspectiva dirigencial se centra en el nivel de análisis organizacional, y en las relaciones políticas de conflicto organizacional; el aspecto clave del Estado es el burocrático y la dimensión clave es la política, es

La concepción del Estado como una “relación” que expresa valores, intereses e imperativos que deben entenderse como instituciones y organizaciones (“legislaturas, tribunales, organismos administrativos, cuerpos ejecutivos”), sostiene que estas instituciones legales son el resultado de las fuerzas sociales. *“Para esta concepción, la línea límite que en política y derecho separa la acción legal y legítima de la acción ilegal e ilegítima es en sí misma el resultado cambiante de valores comunes, estrategias de elite o dominio de clase. El límite entre las esferas pública y privada de la autoridad se considera el foco continuo de las demandas de los grupos, el conflicto de las elites y la lucha de clases”*.⁵⁷

En definitiva, también hay una concepción “estática” del Estado, y otra “dinámica”. La raíz etimológica del vocablo “Estado”, que proviene del latín “status”, podría llegar a inducir a pensar que se trata de un fenómeno que se encuentra en quietud o en reposo, tal como lo estudiaba, por ejemplo, la doctrina alemana de Jellinek a comienzos del siglo XX.

decir el poder. Finalmente, la perspectiva clasista se enfoca en nivel de análisis social, basándose en las relaciones políticas como lucha de clases, la dimensión clave de la sociedad la económica, (la clase social). El aspecto clave del Estado que considera del Estado es el capitalista. Por ende, el Estado debe ser entendido en los distintos niveles de análisis que plantean estas tres perspectivas teóricas.

⁵⁷ ALFORD y FRIEDLAND, ob cit , 1991

Sin descartar ningún aporte, hay que comprender que la vida del fenómeno estatal no se halla detenida ni cristalizada, sino que implica movimiento y dinamismo. El poder, como fuerza unitiva que da orden y sentido a todo el conjunto, confiere al Estado una peculiar dinámica, en la cual tiene un preponderante papel el tema de las políticas públicas objeto del presente trabajo de tesis.

Se ha señalado, al respecto, que *“Todo poder, si lo deseamos racionalizado, eficaz, benefactor, necesita trazarse un plan, precisa planear una ordenación de sus actividades. Y plan es lo mismo que programa. Tiene que proponerse metas, objetivos, fines; tiene que valorar; tiene que escoger medios; seleccionar proyectos; moverse entre opciones; elegir estrategias y tácticas. Toda esa ordenación es planificación, es planeamiento. Ahí está lo de plan o programa. El ejercicio eficiente del poder no puede ser desordenado, descoordinado, improvisado, con idas y retornos, con sinuosidades. La idoneidad del gobernante, la profesionalización del poder, el buen uso de la tecnoburocracia, el asesoramiento de los expertos, la funcionalidad útil, el aprovechamiento de los recursos, la conversión de los insumos en productos bonificadores, presuponen el carril de una planificación siempre sujeta a reajustes congruentes”*.⁵⁸

⁵⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., “El Poder”, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 141. Énfasis agregado.

Desde la ciencia política y desde el derecho constitucional, se han barajado distintas denominaciones para hablar del fenómeno estatal. A la tradicional denominación de “Estado”, se han sumado otras como las del sistema político o la del régimen político.

Cualquier nombre o etiqueta que se utilice, no desmerece el hecho de que el Estado es un fenómeno dinámico, en donde intervienen una pluralidad de actores, incluso a veces de difícil encasillamiento dentro de las categorías habituales.

Se ha dicho con razón: *“Si una visión abstracta de antiguo cuño podía escindir la sociedad del estado, y trazar una barrera divisoria entre lo social -que se consideraba privado- y lo estatal – que se reputaba público- hoy se ha esfumado completamente la dicotomía y la frontera de deslinde. Aparte de que el derecho administrativo y el derecho constitucional conocen entidades no estatales de carácter público -que antes hubieran sido puestas en la esfera de lo social privado, o directamente fuera de toda categoría jurídica -admitida y admisible-, es irrefutable que todo régimen cuenta actualmente con una serie de organizaciones que, aún cuando algunas puedan seguir ubicadas en el campo de la ‘sociedad’, influyen y gravitan sobre el estado, deben ser tomadas en consideración por él para la adopción de sus decisiones, lo ayudan o lo hostigan, etc. El fenómeno no se constriñe al aumento*

de las organizaciones en cantidad y dimensión, sino que alcanza a la complejidad del mismo estado y de su política”.⁵⁹

Las apuntadas notas de dinamismo y complejidad de la estructura estatal interesan a toda construcción teórica que se pueda realizar sobre políticas públicas. Como bien lo explicó García Pelayo al analizar exhaustivamente “*el crecimiento de la complejidad estatal*” a lo largo del s. XX, “*han aumentado el número y la diversificación de los instrumentos de acción y de las relaciones entre ellos...la aplicación de la tecnología intelectual a la gestión estatal ha tenido como resultado una diversificación en los métodos de acción y de control administrativo*”.⁶⁰

1.2.1 - EL ESTADO DE BIENESTAR

Desde la década del '30, el Estado de Bienestar fue *el resultado combinado de diversos factores* que varían según los diferentes países en los que se desplegó. *El reformismo socialdemócrata, el social cristianismo, elites políticas y*

⁵⁹ BIDART CAMPOS, Germán J., “El régimen político (De la ‘politeia’ a la ‘res publica’)”, Ediar, Buenos Aires, 1979, p. 111, énfasis original.

⁶⁰ GARCIA PELAYO, Manuel, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 162.

económicas, y grandes sindicatos industriales fueron las fuerzas más importantes que lucharon por su implantación.⁶¹

En casi todos los estados occidentales, Los diferentes actores, abogaron por leyes sobre protección del trabajo, salarios mínimos, expansión de los servicios sanitarios y educativos a la clase trabajadora y el reconocimiento de los sindicatos como representantes legítimos del trabajo organizado.

El Estado de Bienestar, desde la perspectiva de la planificación económica, llegó a concebirse como un elemento estabilizador interno económico y político, que ayudaba a regenerar las fuerzas del crecimiento y evitaba que la economía cayese en recesiones.

Al considerarse a la intervención de la acción estatal en muchos casos inevitable, el límite entre el *sector público* y el *sector privado* se diluía y comenzó a ser cada vez menos claros y más difusos.

Un repaso por la historia del Estado de Bienestar en Occidente demuestra que no hay una solución para la

⁶¹ OFFE, Claus, en su visión crítica del Estado de Bienestar, la define como una nueva relación: “El modo más destacado en que se media esta relación mutua en el Estado moderno es el proceso político democrático”. Considera a la política democrática como “el puente” entre el ciudadano y el Estado y apunta como sus eslabones para construir ese puente a “las libertades civiles, los derechos políticos atribuidos al ciudadano individual, de la mayoría, partidos políticos, elecciones, parlamento y ejecutivo estatal. OFFE, Klaus, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*. Ed. Alianza. Madrid 1990.

diferenciación definitiva entre servicios públicos y privados, bienes públicos y privados y asuntos públicos y privados.

Durante casi cincuenta años, el Estado de Bienestar contribuyó a resolver las crisis cíclicas de las economías que afectaban la estabilidad política de los gobiernos. El Estado, a través de los años, no sólo intervino en los mecanismos del mercado sino que también reguló las relaciones entre los distintos sectores sociales.

Fue la recesión económica de los años setenta la que produjo un renacimiento intelectual y político más poderoso del Neoliberalismo y de las doctrinas económicas monetaristas.

En la década de 1980, el retraimiento excesivo del Estado alteró la capacidad para responder ante la competencia internacional. Así se tornó necesario en Argentina, luego de la ya mentada crisis del año 2001, repensar al Estado en al menos cuatro ámbitos:

- 1) En un nuevo modo de alcanzar el desarrollo, ya que el mercado liberado a sí mismo en la década de los noventa , sub-optimizaba los gastos y recursos necesarios para la innovación de las empresas y con ello impedía la universalización de los servicios y prestaciones ;**

- 2) **En las finanzas, donde el crecimiento de los riesgos exigía de una supremacía de las autoridades monetarias;**
- 3) **En la estabilización económica, se demostró que el Estado no podía estar ausente pero que al mismo tiempo, tampoco podía continuar solo;**
- 4) **En la distribución de los beneficios, por el vínculo entre el trabajo y la remuneración individual vinculado a la productividad.**

Los límites entre lo público y lo privado, se van conformando hoy de acuerdo a las características propias de cada Estado, lo que determina en consecuencia, una distribución diferente de las relaciones de poder.⁶² Una categorización única para todos los países puede resultar inapropiada y en algunos casos contradictoria.⁶³

⁶² Y como señala RAMON MARTIN MATEO en *“El horizonte de la descentralización”* Colección Estudios de Administración Local, *“Si la Administración quiere marchar al ritmo de los tiempos, forzosamente habrá de agilizar sus operaciones confiando responsabilidades a otros centros secundarios de poder que obren con inmediatez a los problemas y con una cierta independencia”*.

⁶³ En el caso de la Argentina y Latinoamérica, las teorías del liberalismo económico lograron instalar en nuestra Región, y en el mundo, que el Estado debía achicarse para que el Mercado despliegue su iniciativa de crecimiento. Lo que se hizo en base a ello, fue rediseñar a los Estados para que fueran funcionales al flujo de los capitales financieros globales y a los intereses locales asociados. Las decisiones de inversión en infraestructuras y servicios básicos tomadas de esta manera, acentuaron la concentración de recursos en las economías de aglomeración que garantizaban su rentabilidad; quedando abandonadas a su suerte aquellas Regiones en las que el mercado no tenía interés.

El Estado lejos de desaparecer por la internacionalización adquiere mayor importancia económica. El poder público como comprador o consumidor de la economía es cada vez más importante. Por otra parte, y de manera correlativa, las demandas o encargos hacia la gestión estatal aumentan, como lo demuestra la actual crisis financiera internacional.

Como señala el Dr. Rivero Ortega⁶⁴ *“El Estado se convierte en la mano visible sobre la economía, de manera que muchos éxitos o fracasos económicos dependerán, en una perspectiva diacrónica de las decisiones públicas tomadas, especialmente aquellas tendientes a adaptarse a las nuevas circunstancias...”*

El Estado debe proteger y desarrollar los micro mercados, promoverlos para que puedan competir a escala mundial, debe estandarizar y normativizar para facilitar su actividad, debe regular y articular las redes físicas aunque estén gestionadas por privados; debe acrecentar la circulación de conocimientos y debe regular la calidad de los servicios públicos, en espejo con el modelo de prestación considerado a tal fin como óptimo.

David Osborne (1994) señala *“No resolveremos nuestros problemas gastando más o menos, creando nuevas burocracias públicas o privatizando las existentes. Según el momento y el lugar, necesitamos gastar más o gastar menos, crear nuevos*

⁶⁴ Ricardo RIVERO ORTEGA “Derecho Administrativo Económico” (cuarta edición) Marcial Pons- 2007, pág. 31 .

programas o privatizar funciones públicas. Pero para que nuestro gobierno vuelva a ser eficaz tenemos que reinventarlo".⁶⁵

La función principal de los gobiernos de fin de siglo consistió en definir problemas y reunir luego los recursos para que otros lo utilicen en la solución de estos problemas.

Es importante tener en claro que cuando los gobiernos establecen contratos con las empresas privadas no se transfiere al sector privado una responsabilidad pública fundamental, sino que lo que se transfiere es la prestación de servicios, no la responsabilidad de la continuidad de los mismos. Por ejemplo, el hecho de que una ruta esté construida por un contratista privado no la convierte en una ruta privada. Cuando el gobierno contrata actividades con el sector privado, esos siguen tomando decisiones políticas y proveyendo financiación. Y para hacer bien esto, el Estado debe ser regulador y planificador, y necesita de gobiernos activos y eficientes.

El hecho de que un gobierno no pueda gestionarse igual que una empresa, dadas sus características particulares, no quiere decir que no pueda adoptar un perfil más empresarial, es decir más dinámico e innovador. Son pocos los ciudadanos que desean que el gobierno actúe simplemente como una empresa, tomando

⁶⁵ OSBORNE David y GAEBLER Ted, *La reinención del Gobierno*, Paidós. Buenos Aires 1994.

decisiones a puertas cerradas y con vistas al beneficio privado⁶⁶. Esto impactaría directamente sobre la democracia y sobre el sistema político que perfilaría claramente déficit en la representatividad y legitimidad.

Explica Kliksberg que una *impronta que caracterizó a vastas operaciones de los procesos de reforma fue la de tratar de trasplantar al sector público la cultura empresarial de la empresa privada, lo que se ha llamado el “sesgo gerencial”.*

Sin duda el sector público debería aprovechar las mejores experiencias gerenciales de todas las áreas de la sociedad. Sin embargo, hay disimilitudes en cuanto a los objetivos que se persiguen en uno y otro caso y las diferencias en las vías utilizables y en las no utilizables, en la participación de la ciudadanía, en el marco legal aplicable, y muchas otras que determinan la necesidad de mantener un enfoque de gestión pública, aún cuando integre las mejores técnicas gerenciales posibles. Paul Krugman (1996)⁶⁷ previene contra los errores que

⁶⁶ OSBORNE David, ob. cit.

⁶⁷ En el ensayo *A country is not a compañía* (Un país no es una compañía) publicado por Paul KRUGMAN en 1996 en la Harvard Business Review, sostiene que la cuestión central es “la forma de pensar”. Y cita dos casos donde la sabiduría de un hombre de negocios conduce a errores: la relación entre exportaciones y empleo, y el vínculo entre la inversión extranjera y la balanza comercial. En el primer caso, los empresarios creen que la expansión del comercio mundial produce un crecimiento del empleo. Sin embargo, los economistas no piensan que esto se pueda expresar en estos términos. Krugman concluye que los cambios en las exportaciones e importaciones tienen poco efecto sobre el empleo global. El otro ejemplo es la relación entre la inversión extranjera y la balanza comercial. Imaginemos –dice

pueden cometerse en un detallado trabajo al respecto que titula *“Un país no es una compañía”*.

Ramio (2001)⁶⁸ resalta un aspecto crítico. Es diferente tratar de introducir estos enfoques gerenciales en culturas de valores públicos muy asentadas que pueden añadirlos como instrumentos, a hacerlo en culturas débiles, que pueden convertirlos en su única carta de navegación. Resalta que eso es lo que ha estado sucediendo en América Latina: *“...la mayoría de las administraciones públicas latinas no poseen una cultura organizativa sólida y cohesionada configurada sobre valores públicos. En esta situación de debilidad cultural de lo público, la introducción de valores neoempresariales de la mano de la Nueva Gestión Pública es muy negativa, ya que los medios (economía, eficacia, y eficiencia) se transforman en los fines y se pierden de*

Krugman- que cientos de multinacionales deciden que un país es el sitio ideal para fabricar un producto e invierten miles de millones en ese país. ¿Qué ocurre con la balanza comercial? Los empresarios, casi sin excepción, creen que el país tendrá un superávit comercial. Generalmente no le creen a los economistas cuando les dicen que ese país tendrá grandes déficit.

⁶⁸ Carles RAMIÓ en el VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002 Panel: "ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN" El papel de la e-administración ante los retos de las administraciones públicas de América Latina: e-administración y sector público en el siglo de la globalización, planteaba que La Nueva Gestión Pública tiene un impacto en dos elementos, teóricamente positivos, que están generando muchos problemas y desajustes en las administraciones públicas de América Latina. Estas dos variables problemáticas son: a) la flexibilización institucional y b) la gestión indirecta de servicios públicos mediante la participación de redes de organizaciones privadas.

vista los objetivos últimos de los programas públicos y los colectivos de ciudadanos a los que van dirigidos”.

Pero la mayor parte de los ciudadanos quieren que el gobierno sea menos burocrático, y en este sentido, menos ineficiente. Como consecuencia de ello, los gobiernos empresariales han comenzado a adoptar sistemas que separan la toma de decisiones políticas de la prestación de servicios; algunas organizaciones con éxito distinguen entre los niveles más altos de administración y los más operativos, para permitir que los niveles más altos se concentren en la toma de decisiones y en la dirección de las políticas. Por lo tanto, *“entre conducta burocrática tradicional y conducta empresarial hay un amplio abanico de grados intermedios, y el gobierno seguramente puede cambiar su posición en este espectro”.* (Osborne, 1994)⁶⁹

Para Peter Drucker (1994)⁷⁰ *“No nos enfrentamos a un ‘progresivo debilitamiento del Estado. Por el contrario, necesitamos un gobierno fuerte, vigoroso y muy activo. Nos enfrentamos a una opción entre un gobierno de gran tamaño pero impotente, o un gobierno cuya fuerza reside en que se mantiene en los límites de la decisión y la dirección, y deja para los demás el ‘hacer’. Necesitamos un gobierno que pueda gobernar. No un*

⁶⁹ OSBORNE David. Ob cit.

⁷⁰ DRUCKER, Peter. The Age of Discontinuity, citado en Osborne y Gaebler *La Reinención del Gobierno*, Ed. Paidós, Bs. As.1994

gobierno que ‘haga’ ni un gobierno que ‘administre’ sino un gobierno que gobierne’.

En línea con ello “El hecho de que la Constitución defina a España como Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1) implica, entre otras cosas que se rechaza la concepción del Estado abstencionista y se propugna la realización de una atención pública de las necesidades colectivas, propia de un Estado intervencionista. El Estado social trata de lograr la realización de una idea de igualdad”.⁷¹

1.3 - EL CONTEXTO HISTÓRICO ARGENTINO EN EL CONCIERTO LATINOAMERICANO

En Argentina la vuelta a la democracia en el año 1983, implicó, como señala O’Donell⁷², un proceso político que consistió en el *pasar de un Estado Burocrático-Autoritario* –luego de años de gobierno de facto - *a un Estado Democrático.*

⁷¹ Introducción a los Servicios Locales, tipos de Prestación y Modalidades de Gestión – Ministerio para las Administraciones Públicas -Madrid 1991- Trabajo realizado por un equipo jurídico bajo la dirección del Prof. Dr. D. *Juan Miguel de la Cuétara Martínez*, Catedrático de Derecho Administrativo, y coordinado por el Dr. D. *Francisco José Villar Rojas*, (pág. 141).

⁷² OSZLAK Oscar, O’DONNELL Guillermo: “Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación”. Publicado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires, Documento G.E. CLACSO/ Nro. 4, 1981.

El modelo económico insostenible impuso la necesidad de la reforma estatal y replantear el diseño de la gestión estatal y de las políticas públicas en forma integral.

Si bien el gobierno radical (1983-1989) tuvo por objetivo primordial democratizar las estructuras de gobierno, inició -a partir de la vigencia del llamado “Plan Austral”- políticas de reforma estatal basadas en los acuerdos del año 1986 de Argentina con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. La implementación de estas reformas estructurales solo se llevó a cabo en forma limitada.⁷³

A partir de fines de la década de los ochenta, durante el gobierno del presidente Carlos Menem (1989-1999), se implementan las bases de una profunda reforma estatal, orientada por las ideologías que abogaban por un “Estado Mínimo”,⁷⁴ que

⁷³ El tema ha sido ampliamente tratado por pensadores argentinos como O'DONNELL, Guillermo (1984): "Apuntes para una Teoría del Estado", en O'Osłak (comp.), Teoría de la Burocracia Estatal, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1984 y relacionado en la forma expuesta en el presente, en un documento institucional elaborado por la Dirección de Investigaciones del INAP (Instituto de la Administración Pública) dependiente de la Secretaria de Gestión Pública – de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Argentina en el año 2007 en un documento de trabajo denominado “*Marco Conceptual metodológico para el estudio de las Políticas Públicas*”.

⁷⁴ Siguiendo una investigación de la Universidad de Harvard (You JONG-SONG and Sanjeev KHAGRAM, 2004), que estadísticamente al analizar más de 100 países el Dr. Kliksberg advierte que es inversa a los postulados del movimiento del Estado mínimo, que los grados más bajos de corrupción coinciden con la presencia de Estados fuertes y activos. Según los investigadores un Estado fuerte significa servicios públicos garantizados para toda la población, reducidos niveles de desigualdad, y un equilibrio entre los diversos sectores sociales que limita los incentivos y la impunidad para la corrupción. En cambio un Estado reducido y

tuvo por objetivos centrales el cambio cualitativo de los roles estatales y de las políticas de gobierno y la pretendida “modernización de sus administraciones”.

En pleno apogeo reformista en la Argentina, O Donnell (1993)⁷⁵ caracterizaba las implicancias de fondo de la misma diciendo: “...*los intentos actuales de reducir el tamaño y los déficits del Estado como burocracia también están destruyendo el Estado como ley y la legitimación ideológica del Estado*”.

El modelo de la Reforma del Estado respondió a los lineamientos de los organismos multilaterales de crédito⁷⁶ (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo) explicitados en el denominado “Consenso de

débil, aparece normalmente en contextos de desigualdad y es una de sus causas propiciatorias. En esas situaciones, un sector élítico tiene las máximas posibilidades de influenciar el Estado, y las grandes mayorías poseen muy poca gravitación y posibilidades de contrapesar. Se crea así un clima de impunidad que genera incentivos perversos en dirección de la corrupción.

⁷⁵ La conceptualización de la ciudadanía operada por el sociólogo inglés T.H. Marshall, varios científicos sociales y políticos latinoamericanos han articulado inflexiones y reparos que han contribuido a enriquecer y complejizar el pensamiento de la ciudadanía en la región. Una de las particularidades de América Latina que fundan la inadecuación de la perspectiva marshalliana de la ciudadanía está vinculada al déficit de modernización política. Y en este sentido sostienen que la titularidad de derechos ciudadanos supone la posibilidad de hacer valer esos derechos y exigir su cumplimiento allí donde son conculcados; es decir, supone la presencia efectiva del Estado a lo largo de todo el territorio nacional.

⁷⁶ Muy diferente al planteo reformista del *New Public Management* que desarrolla en extenso Sabino CASSESE en pág. 191 – como Cap. XIII – la Era de las Reformas Administrativas, en “*La Globalización Jurídica*”, Inap y Marcial Pons, Madrid 2006.

Washington”. Estas reformas, llamadas de “Primera Generación” se refirieron a la transformación estructural de los roles estatales⁷⁷, mientras que las destinadas a la mejora del funcionamiento de las instituciones estatales se nominaron como de “Segunda Generación”.⁷⁸

La sanción de las Leyes de Emergencia Económica y de Reforma del Estado, en el año 1990, comienza una etapa de reforma estatal y económica de carácter estructural. La visión fue centrar los roles del Estado Nacional en sus actividades monopólicas, abandonando las actividades de gestión económica, descentralizando funciones en los niveles de los estados federales – las provincias - y transformando las políticas no monopólicas, buscando la subsidiariedad con el sector privado.⁷⁹

⁷⁷ En el primer período presidencial de Carlos Menem (1990-1995) se llevó adelante el ya mencionado Programa de Reforma Administrativa que tuvo cinco ejes: a) privatización, b) desregulación, c) reorganización de las funciones estatales, d) readecuación de los recursos humanos y e) desburocratización.

⁷⁸ También en el segundo mandato presidencial del Dr. Carlos Menem (1995-1999) se dio la llamada Segunda Reforma del Estado, que consistió en privatizaciones que abarcaron áreas fundamentales de la economía que implicaban la prestación de servicios básicos y universales para la población como el agua, la energía, las comunicaciones, el transporte, la química, la petroquímica, el acero, los aeropuertos, los caminos, y varios de los Bancos de Desarrollo.

⁷⁹ El caso de las privatizaciones en la Argentina, mencionado con frecuencia como una “best practice”, fue analizado en su conjunto por las Dras. Mabel THWAITES REY y Andrea LÓPEZ en el libro *“Entre tecnócratas globalizados y políticos clientelistas. Derrotero del ajuste neoliberal en el Estado argentino”*. Prometeo, Buenos Aires, 2005, que afirman que: *“Las privatizaciones argentinas se hicieron con el propósito principal de pagar la deuda externa, y brindarle oportunidades de*

Asimismo, se pretendió resolver la crisis fiscal y el endeudamiento estatal y desregular los mercados económicos y profesionales. Estas normas y sus complementarias también plantearon inicialmente la formulación de políticas administrativas de modernización en la gestión y en los recursos humanos.

La sanción de la reforma de la Constitución Nacional (1994) señala una segunda etapa en la reforma del Estado en el país. Esta reforma institucional con impacto directo en el sistema político, en el de los derechos fundamentales – aun cuando no se los denomina así - y en el sistema de gobierno, tanto a nivel del Estado Nacional como a nivel subnacional (provincias) y local (municipios). El Estado Nacional inicia la reforma de sus tres poderes (Ejecutivo, legislativo y Judicial), la institucionalidad de los denominados organismos extra-poder⁸⁰ y en especial en la estructura y organización del Poder Ejecutivo.

negocios a los grupos de poder económico concentrados”. Sostienen las autoras que durante el auge neoliberal de los noventa, la simplificación ideológica llevó a un cerrado cuestionamiento del tamaño y la eficiencia del Estado, y al correlativo endiosamiento del mercado y la iniciativa privada. Proponen una revisión crítica de los fundamentos teórico-políticos que arraigaron en las propuestas de reforma administrativa, así como un análisis comprensivo de las principales transformaciones y efectos que provocó su implementación en la estructura de la administración pública nacional y plantean repensar la estatidad desde un lugar democrático y participativo, lugar que no puede eludir una definición de cuestiones prioritarias en torno a una pregunta clave: qué Estado, para qué proyecto de país?.

⁸⁰ Los artículos 85, 86 y 120 de la C.N., instituyen respectivamente a la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, respecto de ellos, el Dr. Héctor MASNATTA, convencional constituyente y en ese ámbito, ha

Estas reformas entre los años 1995-1999 se implementan solo parcialmente, inaugurando las denominadas reformas de “Segunda Generación”. Son de ese quinquenio las leyes que dan origen tanto a los órganos extra poder (Consejo de la Magistratura y Ministerio Público) como a medidas que diseñaron y definieron la Jefatura de Gabinete de Ministros y la denominada “autonomía de la Ciudad de Buenos Aires”. Se sancionaron además las principales normas de modernización de la organización estatal como la denominada Segunda Reforma del Estado (Ley 24.629 del año 1996) y la Ley de “Solvencia Fiscal” (Ley 25.152 del año 1999) y las de regulación del empleo público, de registros, de organización y de sistemas administrativos.

Entre los años 1999 y 2001, gobierno de la llamada Alianza continúa con ese lineamiento político, haciendo hincapié en la modernización administrativa (Ley 25.233 de Ministerios y Decreto 103/01 de Modernización de la Administración Pública) y en las normas que buscaban instrumentar el equilibrio fiscal.

expresado “La constitucionalización del control general de la República como órgano de enlace legislativo, pero con autonomía funcional es la respuesta necesitada para hacer eficiente la fiscalización pública”. En igual sentido “La Administración Financiera y los Sistemas de Control del Sector Público Nacional” en Revista de Derecho Administrativo – Depalma- Buenos Aires- pág. 19 y sgtes.

La crisis de fines del año 2001 provoca una crisis institucional y económica que genera un nuevo escenario en las políticas de reforma estatal y una consecuente revisión de la Reforma del Estado que propusieron los organismos multilaterales - basada en concepciones neoliberales y neo-institucionales (“New Public Management”)-, que se implementaron en el contexto de democratización política, de crisis económicas y fiscales recurrentes y de cambios en la estructura social ya que evidenciaron un deterioro de las condiciones de vida de los habitantes.

No podemos obviar que diferentes procesos políticos y económicos ocurridos en las últimas décadas, tendieron a erosionar el vínculo y a disociar los requerimientos sociales de las necesidades -incluso de tipo educativo-; dejando este tipo de decisiones a merced de la lógica del mercado.

Las demandas sociales sobre el Estado se corresponden con la mayor importancia de la sociedad civil frente a los aparatos gubernamentales, a medida que el proceso de democratización continúa profundizándose. Esta cuestión impacta en las definiciones de políticas vinculadas a servicios universales e indelegables que necesariamente deben estar a cargo del Estado o bajo su directa regulación, y sobre la demanda de transparencia

en los procedimientos, de calidad de las prestaciones, y en los servicios concurrentes con el ámbito privado.⁸¹

A partir del año 2003, se inicia una etapa que compromete a todos los actores sociales: gobierno, de la sociedad civil y empresas.

Desde el comienzo de la administración del Presidente Kirchner, en mayo del 2003, se inició un profundo proceso de transformación económica que permitió direccionar los esfuerzos para superar la crisis estructural. El Proyecto Nacional estuvo orientado a constituir un Estado previsor, presente, promotor y protector, después de muchos años de un Estado ausente. El Estado asumió un rol activo e impulsor de políticas de crecimiento orientadas a la inversión pública y privada, la generación de productividad, la creación de empleo genuino y la distribución justa y equilibrada de la riqueza. El modelo está basado en un Eje Social (creación de empleos, distribución de la riqueza, mejora en la calidad de vida⁸², inclusión social) y en un Eje Productivo (inversión, competitividad, desarrollo regional) .

⁸¹ Como expresó Norberto ZELLER, Instituto Nacional de la Administración Pública INAP- en las *Jornadas de reflexión académica “Ciudadanía y Calidad democrática” Octubre de 2000*, Marco Conceptual Metodológico para el Estudio de las Políticas Públicas Focales o Sectoriales, Universidad De Belgrano - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Facultad de Estudios para Graduados- Buenos Aires.

⁸² En su reciente libro *“Crear Capacidades”*, la Dra. Martha Nussbaum, expresa *La utilidad más antigua (y la más habitual todavía) del enfoque de las capacidades, es la de proporcionar una nueva lógica para una comparación y una ordenación correcta de los logros alcanzados en materia de desarrollo*. Entiende que *“ Cuando*

Como complemento de esta tarea se elaboró, en el año 2004, un Plan Estratégico Territorial que identifica las infraestructuras y equipamientos necesarios para garantizar el desarrollo equilibrado, integrado, sustentable y socialmente justo de la Argentina. De esta forma se comenzó a definir un nuevo diseño de territorio que se tornará visible para facilitar las políticas de crecimiento y la descentralización territorial de las políticas públicas en todas las aéreas y en especial las vinculadas a recomposición de los sistemas de accesos viales, y energético; la adecuación de los medios de transporte y puertos; la planificación de emprendimientos mineros; y la construcción de viviendas necesarias para la reconstrucción del tejido productivo.

Un Estado activo trazando políticas estratégicas que consoliden su matriz productiva, trabajando en conjunto con los otros sectores de la Economía, el Capital y el Trabajo.

Inicialmente, las acciones instrumentadas se orientaron a atenuar la exclusión social, y la pobreza, y comienza por reposicionarse desde el Estado frente a los problema de base: la deuda externa, el comercio y la inversión, con un planteo federal

las naciones o las regiones compiten entre sí por un buen puesto en el “mercado” de las clasificaciones mundiales de desarrollo-tratando de mostrar que ofrecen una calidad de vida mejor que la de otros países o que la que ellas mismas ofrecían con anterioridad-, el enfoque de las capacidades les suministra una nueva teoría de la manera correcta de llevar a cabo tales comparaciones: en lugar de fijarnos en el PNB, debemos tener en cuenta todo un grupo de capacidades humanas centrales .”
, pag.69

de reformulación de la política pública nacional y definiendo los mecanismos idóneos para cancelar la deuda con los organismos multilaterales de crédito, que se evalúo como condición necesaria para la implementación de políticas activas de desarrollo y para una gobernanza con transparencia .

La implementación de sistemas de gestión en el ámbito público , con apoyo en las herramientas tecnológicas , aporta transparencia a la actuación administrativa *que, como expresa Sainz Moreno, es “un factor fundamental en la lucha contra las diversas formas de corrupción, y a esa transparencia contribuyen las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, por lo que tanto la transparencia como el fomento de las tecnologías deben considerarse también como medidas que facilitan la realización de los principios de ética pública.*⁸³

En esta etapa el rol del Estado es legislar y reconocer los derechos humanos básicos, civiles, políticos, económicos y sociales⁸⁴; en este último aspecto, asume una amplia responsabilidad social diseñando acciones y programas de

⁸³ Fernando SAINZ MORENO, pág. 528 “Ética Pública positiva”, en Estudios para la Reforma de la Administración Pública -Instituto Nacional de Administración Pública- Madrid- 2004.

⁸⁴ La Dra Nussbaum define su teoría de las capacidades centrales y de los umbrales de capacidad, como una fuente de principios políticos traducibles en un conjunto de instituciones políticas mínimamente justas. ob cit “Crear capacidades “, pag 75 , en cuyo marco entiende debe pedirse a los ciudadanos y las ciudadanas, “...*la ratificación de la importancia política de una lista relativamente corta y circunstanciada de derechos fundamentales* “.

desarrollo sustentables a corto mediano y largo plazo , recuperando la planificación estratégica un lugar central desde el Estado ⁸⁵.

En ese marco se promueve un necesario proceso de descentralización⁸⁶, con base y fundamento en el Estado Federal, por el cual se traspasan competencias legales y recursos hacia las regiones y los municipios, que aún hoy requieren fortalecer las capacidades de gestión municipales y generar canales activos de participación ciudadana⁸⁷ en la gestión y el gobierno local.

⁸⁵ Se ha relacionado en este apartado, en forma muy sintética, la cronología para contextualizar los hechos del pasado reciente en la Argentina. Parte de la profusa y calificada bibliografía sobre el tema, está referenciada al final de este trabajo, y es soporte documental de lo aquí afirmado.

⁸⁶ José SUAY RINCÓN en *“El principio de igualdad en la justicia constitucional”*, prólogo de José Eugenio Soriano, Instituto de Estudios de Administración local. Madrid, 1985, pág. 95, afirma que *“En términos generales podemos afirmar que la descentralización integral es compatible con la tutela si ésta se circunscribe a la legalidad, siempre que no se revisen pormenorizadamente todos los actos, lo que resultaría paralizante y antieconómico, sino sólo aquellos importantes que no son además por su naturaleza susceptibles de revisión jurisdiccional, vía que es en principio lo más conveniente, a condición de que no se amplíen extraordinariamente tampoco las facultades judiciales como sucede en España respecto de la impugnación de ordenanzas fiscales cuya redacción última puede ser decidida por los Tribunales”*.

⁸⁷ ARIÑO ORTIZ Gaspar, ob cit. pág. 31 *“Frente a la pérdida de individualidad, frente al inhibicionismo ciudadano, frente a la planificación creciente y previsor, un amplio movimiento ideológico y de opinión proclamará la necesidad de búsqueda de fórmulas -nuevas fórmulas de democracia- que conduzcan a la participación de los ciudadanos en el poder. Estamos en la época de un “constitucionalismo participativo”. V. Carnota, Walter F., y otro, “Participación Ciudadana”, Buenos Aires, Universitas, 2006, p.33.*

1.4- QUÉ SON LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

El estudio de las políticas públicas es la disciplina científica que tiene por objeto la acción de las autoridades públicas en el seno de la sociedad. En el mundo académico, se suele entender por “política” tres cosas:

a) el marco institucional y las condiciones generales en el que se desenvuelven la acción política;

b) los contenidos concretos de la acción política, es decir, la actuación en los ámbitos determinados en los que se realizan los programas políticos (educación, sanidad, comunicaciones, etc.) y

c) el proceso global en el que se conforma la lucha por el poder y la influencia. La lucha entre grupos distintos para conseguir la adhesión de los ciudadanos a sus propuestas y acceder a las posiciones de decisión.

Cuando a la “política” concebida en su faz de acción, se le agrega la connotación de “pública”, estamos en presencia de un campo de investigación vasto y fecundo.

Ocurre que en su diseño e implementación técnica confluyen varias disciplinas del derecho, en especial el administrativo en sus aspectos de gestión y de control, la economía, la sociología, la ciencia de la administración e incluso la ingeniería y la

psicología. Inciden así sobre manera las llamadas ciencias del comportamiento: p. ej. la psicología social.

La pregunta central de las políticas públicas es: ¿qué producen quienes nos gobiernan, para lograr qué resultados, a través de qué medios?.

En un Estado de Derecho, las políticas públicas deben ser traducidas en leyes relativas a las diversas materias (regulación, sobre educación, desarrollo social, salud, seguridad pública, infraestructura, comunicaciones, energía, agricultura, etc.). Éstas deben buscar el logro de los objetivos planteados en el instrumento de creación de la política pública⁸⁸.

Las principales áreas de incumbencia de las políticas públicas son:

- El desarrollo social.**
- La economía, la infraestructura y la expansión de las vías generales de comunicación, de las telecomunicaciones, del desarrollo social, de la salud y de la seguridad pública, entre otras.**

⁸⁸ Como ya evocáramos, bien distingue GARCÍA DE ENTERRÍA, siguiendo a la doctrina alemana, entre el concepto clásico de la ley (entendida como definidora de un orden abstracto de justicia, con vocación de permanencia) y la “Ley-Medida” (*Massnahmegetz*) que por el contrario pretende resolver un problema concreto y singular, “instrumentar una política pública”. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, tomo I, Buenos Aires, Thomson-Civitas y La Ley, 2006, p. 82.

- **Los planes de desarrollo de tipo anual, quinquenal, etc.**
- **Los presupuestos anuales de los Estados y las administraciones autonómicas y municipales. (En países federales como la Argentina, los presupuestos son Nacionales, Provinciales⁸⁹ y Municipales).**
- **La administración pública o sistema burocrático y sus definiciones estratégicas o planificaciones.**
- **Los tratados internacionales y las declaraciones de principios de los estados individuales o unidos en agrupaciones internacionales o regionales: Naciones Unidas, Unión Europea, MERCOSUR, etc.**

⁸⁹ El Dr. Walter CARNOTA, ha expresado – en “*Globalización y Derechos Fundamentales*”, art difundido en biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/12.pdf, pág. 299, que en Argentina dentro de las relaciones entre el Gobierno federal y las Provincias, la normativa de desarrollo (científico tecnológico y de promoción de políticas diferenciales que equilibren el desigual desarrollo regional), está presente como criterio a considerar para *crear regiones (art 124)* y como *atribución concurrente de ambos niveles de estado (art 125)*.

1.5 - LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. DEFINICIÓN

Si entendemos al Estado como una *relación social*, según uno de los criterios que vimos “supra”, el mismo constituye un *escenario de negociación de compromisos* en el que intervienen diversas fuerzas políticas o grupos sociales capaces de negociar en el ámbito político y en el que cada sector social intenta imponer sus intereses. Este ámbito de negociación es denominado por diversos autores “*arena política*”. (Ozlak, O’ Donnell 1981).⁹⁰ Bajo esta perspectiva, las políticas públicas ocupan un espacio destacado en la necesaria complementación que debe darse entre el Estado y la sociedad civil.

Las políticas públicas son formuladas desde el Estado y su impacto⁹¹, se verifica en la sociedad. La administración pública tiene a su cargo definir o diseñar las acciones necesarias para que el impacto sea positivo y posee además –con respaldo presupuestario- , los recursos económicos, humanos y materiales para la implementación de esas políticas y programas.

Como no existe una definición única de política pública, el concepto tiene diversas interpretaciones y alcances y son las diferentes teorías sobre el Estado y los diversos abordajes

⁹⁰ O’DONNELL, Guillermo (1984): *Apuntes para una Teoría del Estado*, en Osvaldo Oszlak (comp.), *Teoría de la Burocracia Estatal*, Ed. Paidós, Buenos Aires. 1984.

⁹¹ Como externalidad positiva o negativa.

analíticos las que van delineando o determinando las distintas acepciones posibles del término.

Un tipo de definición, entiende a las políticas públicas como *acción o inacción*,⁹² por parte de un gobierno ante el problema. Éstas pueden basarse en decisiones explícitas o implícitas. A pesar de que un problema o una cuestión puedan ser relevantes, el gobierno puede ignorarlo o postergar su resolución, por lo que la ausencia de acción gubernamental (no acción) en un tema, puede implicar también una definición en sí misma de política pública.

Las políticas públicas que implican el accionar estatal impactan sobre *un campo de acción*, es decir sobre un aspecto de la realidad en el cual el Estado se propone incidir.

Es así entonces que las políticas pueden entenderse como un conjunto de decisiones que se orientan a incidir en el ámbito social. También pueden ser acciones gubernamentales sin una clara manifestación o exteriorización de sus objetivos.

Las políticas generan acciones y reacciones a lo largo de su proceso de implementación – justamente por las externalidades positivas o negativas que ocurren durante su aplicación -, es por

⁹² Del enfoque conocido como “policy analysis”, participan administradores públicos y académicos latinoamericanos con base en la expresión del académico británico Wayne PARSON “Public Policy”, que se sustenta en el análisis del proceso de las políticas y en el análisis en y para el proceso de políticas, es decir en lo relacionado al uso del conocimiento y técnicas analíticas para el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas.

ello que deben ser analizadas y observadas como un proceso que incluye decisiones y no decisiones⁹³, implican valores sociales, ritos, normas, procedimientos, recursos materiales y actores sociales.

La *cuestión* es el tema sobre el cual la política pública busca incidir. Las condiciones del surgimiento de la cuestión y de las posturas adoptadas por los actores privados ante ella conforman un complejo proceso social que da lugar a su surgimiento, tratamiento y posible resolución. *El estudio de ese problema constituye un primer nivel de análisis de la política pública.* (Oszlak y O'Donnell, 1984)⁹⁴.

En el estudio y análisis de las políticas públicas existen distintos enfoques que privilegian momentos y aspectos específicos en su análisis conceptual y abordaje metodológico.

Desde una perspectiva analítica metodológica se analiza a las políticas públicas – entendidas como acción gubernamental- como un *proceso de acciones interrelacionadas* que se corresponden a objetivos sustentados en un marco legal, basados en un marco valorativo y sustentado en un marco racional de acciones.

⁹³ Incluso acciones correctivas como veremos al tratar el Control de las políticas públicas, definidas a partir de determinados hallazgos o desvíos en la aplicación de una política pública.

⁹⁴ OSZLAK y O'DONNELL, 1984. Ob cit

La política pública puede entenderse como un *proceso lineal y secuencial* en términos analíticos. Pero en la realidad aparece como *un accionar dinámico* sujeto a acciones y reacciones, a consensos y a conflictos entre los diversos actores que intervienen.

La política estatal,- que nunca es neutral - implica una toma de posición ante determinada cuestión, no tiene porqué ser “unívoca, homogénea ni permanente”. Puede ser todo lo contrario, ya que la política estatal es un “*conjunto de iniciativas y respuestas, manifiestas o implícitas, observadas en un momento histórico y en un contexto determinados*”.

Tampoco existe una relación directa entre la situación de un actor en “*relación a una cuestión y su propensión a movilizarse en la defensa o cuestionamiento de dicha situación.*” (Oszlak y O'Donnell, 1984)

Según la conceptualización del “Policy Network”, las decisiones políticas surgen en “redes de actores”, públicos y privados, que interactúan en ámbitos sectoriales o plurisectoriales; y en niveles regionales, nacionales e internacionales. Un ejemplo de ello es el estudio de las *Trade Policy coalitions*: que analiza el desempeño de las coaliciones o grupos de actores ante un tipo de política de intercambio comercial. Este concepto ayuda a comprender el tipo y las

características de las alianzas entre el sector de Negocios y el Estado, en torno a la política comercial.

Desde esta posición, el tiempo que demanda implementar una reforma también tiene influencia sobre la reacción que la misma genera. Si el impacto del cambio se hace visible, en forma inmediata, también lo será la reacción del público. Esto significa que la reformulación, rediseño y corrección de metas, objetivos y recursos, requieren planificarse en forma permanente.

Que además, como expresa García Pelayo⁹⁵, al tratarse de un Estado Planificador y prestador de servicios sociales que actúa en un ambiente muy complejo, donde cualquier medida puede tener impacto o efectos incalculables sobre el sistema en su totalidad, es preciso que sea eficaz y para *garantizar la eficacia es necesario* que existan los adecuados elementos *detectores y reguladores*.

1.6 - ETAPAS DE DESARROLLO

Existen enfoques que privilegian la *etapa de la formulación* de las políticas públicas, es decir, la negociación en la *arena política*, la definición de los objetivos y los aspectos legales, etc. Otras perspectivas focalizan sobre las fases relativas a *la implementación*. Una tercera perspectiva aborda la problemática de la *medición de los efectos* de las políticas, de evaluación de

⁹⁵ Transformaciones... ob cit –Alianza Editorial -1982- pág. 49.

impacto o de implementación de indicadores⁹⁶, de gestión de las políticas públicas.

Hay también enfoques de análisis que se centran en el análisis del *conjunto de productos, resultados e impactos* que resultan de la implementación de las políticas, lo que supone poner foco en las consecuencias de la acción política implementada. Este aspecto se vincula con las políticas que hacen a la modernización de la administración pública.

Entendidas como *ciclo de acción*, las políticas gubernamentales constituyen un proceso, que en sus distintas etapas, requiere actividades de *formulación, ejecución, seguimiento, evaluación* y eventualmente de la *reformulación* de objetivos y acciones.⁹⁷

Por lo demás, la mirada científica a veces se ha detenido en uno u otro aspecto. Sobre el punto, señala Heady que un *“tema objeto de gran atención durante los años setenta fue la formulación de políticas públicas. Con la intención de mejorar tanto el proceso como el contenido de la política pública, por un lado se intentaba analizar el proceso de su formulación de manera*

⁹⁶ Indicadores entendidos como procedimiento o herramienta de valoración basado en preferencias, que permitan precisar la conveniencia u oportunidad de adoptar o no ciertas medidas que impactarán sobre determinado colectivo necesitado de protección especial.

⁹⁷ MARTÍNEZ NOGUEIRA, Roberto (1997): *Análisis de Políticas Públicas*. INAP. Buenos Aires.

*descriptiva, y por el otro se estudiaban sus resultados y sus efectos de un modo que se acercaba más a lo prescriptivo”.*⁹⁸

Los distintos momentos de las políticas públicas, entendidas como ciclo de acción, son objeto de análisis y tratamiento metodológico, desde las diversas perspectivas teóricas.

El análisis científico contribuye a la toma de decisiones gubernamentales adecuadas en un sistema democrático y permite transparentar el accionar estatal.

También genera conocimientos sobre el proceso social y la atención sobre los problemas sociales identificando los intereses, necesidades, perspectivas valorativas y aspiraciones de los actores sociales. Y en los procesos organizacionales que implican el mejoramiento de la calidad de las decisiones, del planeamiento y del fortalecimiento de la gestión. (Martínez Nogueira, 1997).

Este trabajo privilegia conceptualmente este enfoque que identifica el ciclo de acción de las políticas públicas y permite observar los principales momentos de su desarrollo.

Ya autores clásicos del S. XX identificaban las instancias claves del desarrollo de la política pública. Karl Loewenstein, por ejemplo, en su célebre “Teoría de la Constitución”, propiciaba nada más ni nada menos que el reemplazo de la teoría de la

⁹⁸ HEADY, Ferrel, “Administración Pública: Una perspectiva comparada”, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, ps.79/80.

división de poderes debida a MONTESQUIEU, por una nueva distinción tripartita: la decisión política conformadora o fundamental (“*policy determination*”); la ejecución de la decisión (“*policy execution*”) y el control político (“*policy control*”).⁹⁹

1.6.1- DISEÑO, FORMULACIÓN Y SANCIÓN

La formulación demanda planificación estratégica, y surge como resultado de diagnosticar y definir curso de acción a futuro, ya que la acción política surgida de una situación presente, debe dar respuesta a estimaciones de ocurrencia sobre el futuro mediano o inmediato sobre el que impacta.

El diagnóstico debe ser preciso tanto en sus aspectos técnicos como científicos, y deben valorarse todos los elementos presentes y objetivos de incidencia futuros.

Sobre la evaluación de necesidades prioritarias confluyen tantas visiones como actores sociales, y no hay consenso sobre como priorizar las mismas, ni cuáles son las formas más idóneas, ni qué significa optimizar la satisfacción de necesidades, ni tampoco cuál es la política pública más adecuada.

⁹⁹ LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la Constitución”, Ariel, Barcelona, 1979, p. 62.

La realidad ha mostrado que sólo mediante el trabajo mancomunado y el diálogo continuo entre el Estado, el sector empresario, el sector sindical, las organizaciones de la sociedad civil, y por supuesto, el pilar académico, puede planificarse un país con oportunidades para todos ya que es precisamente ese abordaje multi-actoral, el que permitirá avanzar en un desarrollo creativo de esta temática compleja.

En este contexto, la *comunicación* y el *debate*, en el marco de un Estado Presencial y Promotor¹⁰⁰, siguen siendo centrales como factores de racionalidad, ya que la idea de ausencia estatal en la planificación de las políticas públicas, sólo conduce a situaciones de inequidad y desigualdad.

La presencia del Estado garantiza la universalización de los derechos sociales y el reconocimiento de derechos de los colectivos necesitados de protección especial, tratando de evitar la exclusión social, reformando la participación estatal vía descentralización y promoviendo la participación y control de la producción estatal de bienestar.

Bajo la perspectiva teórica de autores como Habermas y Rawls, el basamento son los derechos individuales que para

¹⁰⁰ Sobre los conceptos de Estado Presencial y Promotor, centró su plataforma política (PROSAC 91 – Proyecto Santa Cruz 1991), el Dr. Néstor Kirchner en el año 1990, cuando se proponía como candidato a Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, que luego gobernó por tres periodos, hasta 2003 que asume como Presidente de Argentina.

Habermas se llaman “intereses generalizables” y para Rawls “bienes primarios”¹⁰¹. Ello coincide, como se verá “infra”, con la nueva valoración del derecho administrativo que tiende a resaltar su rol en la prevalencia de los derechos fundamentales.

El objetivo es optimizar “intereses generalizables” y para ello Habermas busca responder a la pregunta: “De qué manera habrían interpretado colectiva y solidariamente sus necesidades los miembros de determinado sistema social en determinada etapa del desarrollo de sus fuerzas productivas si hubieran podido decidir” (Habermas, 1976).¹⁰²

Si logramos definir las líneas o principios efectivos para cumplir con estos intereses, habremos avanzado.

Habermas repasa a Weber y al marxismo tradicional como tradición intelectual -ambas degradadas- y cree encontrar en la estructura normativa del lenguaje y de la comunicación el fin mismo, donde los intereses generalizables pueden ser

¹⁰¹ Una de las principales intenciones que se evidencian en la argumentación ofrecida en *Teoría de la justicia* es que, siguiendo igualmente la tradición liberal y contractualista, se intenta encontrar un esquema mediante el cual los individuos al buscar sus propios beneficios y perseguir sus intereses particulares produzcan en la sociedad un efecto positivo, es decir, que mejore la situación del conjunto social y promueva el interés público.

¹⁰² HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II – pág. 113 Editorial Taurus Humanidades, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Cuarta edición, junio 2003. España.

conceptualizados colectivamente para ser objeto de búsqueda eficiente y racional.

En el mensaje de Habermas, está claro que para que la optimización de la satisfacción de necesidades pueda negociarse de manera sensata y democrática, se necesitan instituciones sociales y una administración pública, comprometida en la diagramación de estrategias, que estipule cómo se garantizarán esos derechos y necesidades a satisfacer, en la medida que lo puedan ser realmente.

La probabilidad¹⁰³ de que la acción social sea regular, descansa exclusivamente en los usos y costumbres, o en las *tramas de intereses*. Explica que el paso al procedimiento legal, a través de los principios jurídicos “de carácter universalista” – que sostiene son la *aportación* del derecho natural- , y sobre los que se asienta el Derecho, permite enjuiciar las acciones a través de normas jurídicas, pero además, en tanto *Derecho existente, debe legitimarse mediante tales principios y cambiarse si está en contradicción con ellos*.

Como expresa, Rebollo Puig¹⁰⁴, la habitual distinción de Alexy entre reglas y principios, explica que las normas “*que contienen o enuncian principios*”, son “*mandatos de*

¹⁰³ Dice HABERMAS, Jürgen, en *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I - Editorial Taurus- junio 2003, España, pág. 335.

¹⁰⁴ Ob cit dirigida por SANTAMARIA PASTOR, pág. 1539.

optimización” “que ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible”, “ según lo que resulte de otros principios o de las reglas o de las circunstancias del caso”.

Los principios se diferencian de las reglas o normas por cuanto éstas definen un supuesto de hecho y una consiguiente consecuencia jurídica, como éstas solo pueden ser cumplidas o incumplidas, se aplican en palabras del autor *“al caso concreto por subsunción”*, en cambio, los principios se aplican por ponderación *“atendiendo a las circunstancias del supuesto y a su concurrencia con otras normas (reglas o principios)”*.

La sanción de la política pública implica un momento de decisión que distribuye responsabilidades, capacidades y recursos para su futura implementación. *En términos del trialismo jurídico, sería la adjudicación de potencias (facultades) e impotencias (cargas)*. En este aspecto, es importante observar la relación entre los tres poderes del estado democrático -como entramado institucional- en la formulación y sanción de las políticas estatales.

Es por ello que para analizar el proceso de toma de decisión gubernamental se han planteado distintas perspectivas teóricas y desde el punto de vista metodológico son de necesario estudio para el diseño, implementación y sanción de la acción de gobierno de forma planificada y alineada con el presupuesto nacional, ya

que las necesidades son siempre ilimitadas y los recursos para atenderlas son limitados.

Los enfoques teóricos a referenciar brevemente para contextualizar este trabajo responden a las concepciones Racionalista, Incrementalista y la de Exploración Combinada.

Para la “Concepción Racionalista”¹⁰⁵, una vez que el decisor toma conocimiento de un problema, define claramente una meta y analiza exhaustivamente los medios alternativos para alcanzarla. La elección la define de acuerdo con una *estimación de sus cualidades*, de acuerdo al óptimo preferido y se genera a partir de allí un cambio “inmediato”.-

El “Enfoque Incrementalista”, busca adaptar la estrategia de toma de decisiones a las capacidades siempre limitadas de los decisores reduciendo el espectro y el costo de la búsqueda de la información. En lugar de intentar una revisión exhaustiva de las alternativas, centra su atención sólo en aquellas políticas que difieren incrementalmente de las políticas existentes. Es decir, el problema al que se enfrenta el decisor es constantemente redefinido, por lo tanto no existe una sola “decisión correcta” del

¹⁰⁵ En cualquiera de sus tesis cartesiana o kantiana. Recordemos que KANT, I. *Introducción a la teoría del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales- 1978, hablaba de libertad en sentido positivo y atribuía al Estado – en especial a la legislación -, la tarea de armonizar la libertad de los individuos y entendía que “una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general” pág. 80.

problema, sino que se llevan a cabo ajustes permanentes entre los fines y los medios y viceversa.¹⁰⁶

*Como señala Dror Yehezkel (1996) “En condiciones de estabilidad política y económica la rutina es con frecuencia la mejor política, y como el cambio ocurre lentamente la estrategia incremental suele ser óptima. Pero aún en las sociedades más estables, muchos de sus problemas cualitativamente más importantes, se relacionan con cambios rápidos en los niveles de aspiración y en los medios disponibles de acción, razón por la cual se requiere otro método de toma de decisiones”.*¹⁰⁷

Las limitaciones y ventajas de ambos modelos pueden llegar a ser complementarias, creando el espacio para un tercer enfoque creativo y pragmático a la vez. Se trata de lo que Etzioni (1996)¹⁰⁸ denomina “Exploración Combinada”. Este enfoque señala que las decisiones fundamentales o racionales marcan, frecuentemente, el contexto de las incrementales, y a su vez las decisiones fundamentales suelen ser “preparadas” por las incrementales con el fin de evitar que la decisión última cause una

¹⁰⁶ LINDBLOM, Charles “La ciencia de salir del paso” en Aguilar Villanueva, Luis, “La Hechura de las Políticas”, Ed. Porrúa México 1996.

¹⁰⁷ DROR Yehekzal, “Salir del paso, ciencia o inercia”, en Aguilar Villanueva Luis, La Hechura de las Políticas, Ed. Porrúa México 1996.

¹⁰⁸ ETZIONI, Amitai “La explotación combinada: Un tercer enfoque para la toma de decisiones” en Aguilar Villanueva Luis, La Hechura de las Política ed. Porrúa México 1996.

transformación violenta. Es decir que, desde esta perspectiva, los pasos precedentes son inútiles si no conducen a decisiones fundamentales, y los pasos incrementales posteriores son ininteligibles sin las decisiones fundamentales.¹⁰⁹

En definitiva, en el marco de este último enfoque, el incrementalismo reduce los aspectos no realistas del racionalismo, limitando los detalles en las decisiones fundamentales, y por otra parte, la contextualización que impone el racionalismo permite que se superen los aspectos conservadores del incrementalismo, explorando las alternativas de largo alcance.

El modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo y el cambio institucional que ellas producen, en palabras de North¹¹⁰, son clave para entender el cambio histórico y para explicar la forma en que el pasado influye en el presente y en el futuro y cómo ese cambio institucional *incremental* –que puede ser un cambio en las normas formales, en las *limitaciones*

¹⁰⁹ A finales de la década del 70, LÍNDBLOM revisa sus ideas a partir de la postura de Erzioni y Dror y de una nueva mirada acerca del *pluralismo*, advirtiendo en esta evaluación la influencia de las empresas y las grandes corporaciones en el proceso de formulación de políticas, dando así un nuevo impulso –en su visión incrementalista- al papel del análisis de las políticas públicas como vía para compensar las deficiencias del pluralismo; surge entonces la dimensión del *incrementalismo analítico* y un plantea nuevo debate sobre “la ciencia de salir del paso” que desarrolla en su publicación especializada “*Public Administration Review*”.-

¹¹⁰ NORTH Douglass C.- Instituciones, Cambio Institucional y desempeño económico- Fondo de Cultura Económica- México, 1993.

informales-, es decir en las costumbres, tradiciones, normas de conducta-, afecta la elección establecida en un determinado momento.

Elección ésta que, como enseña el autor, va a depender de la percepción que los individuos tienen de los organismos que les van indicando a partir de la información –más o menos completa-, sobre el funcionamiento institucional -político y económico-, cuál es el camino a seguir y qué incentivos hay para avanzar en el cambio en conjunto o cooperando para ello.

1.6.2 - LA IMPLEMENTACIÓN

Cuando hablamos de implementación, nos referimos al conjunto de las acciones necesarias para el lograr los objetivos formulados al momento de diagnosticar una acción en el marco de la planificación.

Estas acciones implican la movilizar recursos materiales y humanos en el ámbito de gobierno y de la administración pública y afecta también al ámbito privado. Supone plantarse y resolver cómo se hace y cuánto cuesta.

Entre los diversos modelos analíticos¹¹¹ sobre la cuestión se destacan el *modelo lineal de Implementación* y el *modelo Interactivo*.

El *modelo lineal de Implementación*¹¹², plantea un proceso político donde la toma de decisión es considerada el factor determinante de este proceso y es el foco de atención de los

¹¹¹ La bibliografía para analizar la temática vinculada a la implementación nos acerca a alguno de los siguientes autores y títulos : Lipsky, M. (1996) "Los empleados de base en la elaboración de políticas públicas". En Brugué, Q. y Subirats, J. (eds.) *Lecturas de Gestión Pública*. Madrid: INAP, pp. 279-298. Meny, I.; Thoenig, J. C (1992) *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel, pp.158-194. Parrado, S. y Ruiz, J. (1999) "La gestión de la calidad total en la Administración Pública: mimesis y némesis". *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 54. Subirats, J. (1989): *Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, pp. 101-138.

¹¹² Robert W. Porter, Ph. D. e Irvin Hicks en "Utilización del conocimiento y el proceso de Formación Política hacia un marco para África", consultado en http://sara.aed.org/publications/cross_cutting/knowledge- traducido, sostienen que "*La principal es la fase o modelo lineal de hacer política*. En este modelo, el proceso político se divide en etapas sucesivas y cada uno se analiza a su vez. Cada etapa se considera como temporal y funcionalmente diferentes, y las diferentes etapas implican diferentes instituciones y actores. El modelo de etapas es más útil para la identificación de momentos y lugares en las diferentes tácticas y entran en juego para influir en la política. Pero es engañoso en dos sentidos. La formulación de políticas pueden proceder por etapas, pero el proceso puede descarrilar en cualquier momento. No es como si la política se reuniera en una línea de producción (o podría ser "diseñados"). El marco de las etapas también es engañosa como un modelo de procesos de decisión real. En esta variante, los expertos técnicos ofrecen recetas fijas para los responsables políticos que llegan a una decisión a través de un enfoque racional, se acerca la resolución de problemas (es decir, la definición del problema, el análisis de soluciones alternativas, la adopción de una solución, su prueba y evaluación), pero en situaciones donde los jugadores que están involucrados, y que entran y salen del proceso de decisión no son considerados , y resultan de una especie muy diferente los resultados colectivos con la estructura de toma de decisiones.

“policy makers”, en tanto el proceso de implementación es secundario no se cuantifica o costea, es decir que en términos técnicos se ignora o es considerada responsabilidad de otro grupo, - de los implementadores - y no del decisor que independientemente de su implementación ya tomo la decisión de instar ese modelo en su agenda.

En el *Modelo Interactivo* se plantea que el proceso y el rol de la implementación son diferentes de los postulados sobre los que se basa el Modelo Lineal.

Del modelo a adoptar en la implementación dependerá el proceso de formación de política y sus resultados.

De lo expuesto surge que los resultados varían, de acuerdo al proceso de decisión, y de acuerdo a si este proceso es más o menos interactivo y continuo. Los decisores (la alta gerencia o quienes ocupan cargos de responsabilidad política) y los implementadores, deben (o deberían) evaluar el impacto de sus decisiones, en función de la respuesta o reacción de los destinatarios de las iniciativas.

Un proceso de cambio político, supone acciones de individuos ubicados estratégicamente orientadas a influir en un sentido determinador. Mientras que un cambio (sin proceso), implica tomar direcciones inesperadas, al no ser un proceso, puede ser influenciado externamente y claramente no está determinado por fuerzas impersonales intrínsecas. Desde esta

perspectiva, el proceso de implementación de una política pública, es conveniente que sea analizada como proceso de implementación interactivo, y no lineal como pasó con la Reforma del Estado Argentino en la década de los 90'.

El resultado de esas reformas estuvo claramente determinado por las agencias burocráticas y las autoridades públicas, y las rutinas administrativas solo respondían a estos cambios, en consecuencia los resultados no consideraron a amplios sectores de la población y en términos de externalidad, fueron negativos para gran parte de ellos.

Hay que tener en cuenta, siguiendo las enseñanzas de North¹¹³, que el Estado cuando implementa acciones, no sólo impone, sino que también promueve o incita a los ciudadanos a la consecución de ciertos fines, y en este marco, el Derecho es el conjunto de condiciones en las que obligatoriamente deben desenvolverse las actuaciones pública y privada para la salvaguardia de intereses como el “orden público“, la “paz social”, vistos como objetivos que persigue el poder político.

¹¹³ NORTH Douglass C. - Instituciones, Cambio Institucional. ob cit.-

1.6.3 - CONSECUENCIAS O RESULTADOS

Hablar de consecuencias o resultados, es evaluar los impactos de las políticas. Estos pueden ser de distinta naturaleza como lo son sus diversos aspectos desde el regulatorio, hasta el de prestación contemplando incluso los aspectos de producción materiales.

Esta dimensión es compleja porque demanda medición y evaluación de acciones, seguimiento, revisión y mejora continua. Implica entre otras preguntas: ¿Cuál es el impacto o externalidad positivo o negativo? ¿Qué efectos políticos colaterales se desencadenaron a partir de la política pública?

Medir o evaluar resultados, demanda construir indicadores precisos a partir de un diagnóstico claro, muchos estudios, bajo el criterio de unidad de medida, recomiendan normas para la elaboración de criterios de evaluación del llamado Rendimiento Operativo.

Estas normas pueden ser establecidas por una ley, reglamento o contrato que establezcan indicadores de obligación jurídica inexcusable como son a modo de ejemplo las especificaciones en alguna norma ambiental respecto a índices tolerables de contaminación o centran su análisis en Metas (“Policy Goals”).

Suele ser habitual la determinación de metas fijadas por el propio responsable, donde se definen unidades de medidas muy prudentes de posible cumplimiento, sin comprometerse a un proceso de cambio que obtenga mejores resultados con iguales recursos. Desde el Control público – en mi país - , se ha instado a revisar las metas comprometidas en función de su correspondencia presupuestaria ya que toda posible afectación de los recursos afectados (en especial los recursos económicos) puede implicar un replanteo o redefinición de metas u otros objetivos de gestión para cumplir responsablemente con la planificación.

Otro aspecto es el de las Normas desarrolladas en base a estadísticas, que en general se toman a partir del diagnóstico de información pública o privada o hechos ya ocurridos lo que permite establecer unidades de medidas revisables y adaptables a los cambios que pueden verificarse de la realidad sobre la que impactan o que se espera deben modificar. Las herramientas tecnológicas permiten hoy construir virtualmente escenarios donde se analizan los impactos en función de distintas variables.

El criterio de tomar Normas estandarizadas basadas en el rendimiento de un grupo testigo, es riesgosa pero permite en principio evaluar la posibilidad de su aplicación en el programa en análisis, y sirven también como datos estadísticos para comparaciones históricas ya que permiten cotejar resultados anteriores en relación a los resultados actuales.

Lo cierto es que la calidad de la información financiera, los propósitos que se quieren cumplimentar y los reclamos de los beneficiarios de las políticas públicas ayudan al programador financiero a definir los indicadores más representativos. La tarea es grupal, y se requiere la participación de la totalidad de los niveles políticos y técnicos del sector público que intervienen en forma horizontal en su diseño y aplicación.

Desde un enfoque sistémico, estas son tareas de monitoreo o auditoría operacional que deben analizarse en forma interrelacionada y en su desarrollo debe exigirse que se traten en conjunto evitando costos improductivos como deseconomías de esfuerzos. Ello no significa que muchas veces en la práctica el alcance de la auditoría se pueda referir a una u otra o a algún tema específico de ellas.

Cada toma de posición del Estado frente a la cuestión genera impactos que realimentan el proceso y lo llevan a nuevas situaciones que generan nuevas políticas. *La complejidad de los impactos de las políticas públicas vuelve muy difícil su medición y estudio.* (Oszlak y O'Donnell 1981).

Como expresa Magide Herrero¹¹⁴, si *la discrecionalidad supone una participación de la administración pública en la concreción del interés general, la determinación del interés*

¹¹⁴ Mariano MAGIDE HERRERO - "Limites Constitucionales de la Administraciones Independientes", INAP 2000

general, de una comunidad es una actividad política por naturaleza. Esta tarea impone ponderar en cualquier tiempo los intereses individuales y colectivos, muchas veces en conflicto, que pueden ser confrontados en la elección de la política pública.

De ahí que “*lo político no se desarrolla al margen del derecho, sino necesariamente en el derecho*”, permitiendo que el órgano responsable políticamente ante los ciudadanos, ejerza la discrecionalidad administrativa y opere como analiza este autor “*como responsable último de la determinación del interés general*”.

1.6.4 - CONTROL DE GESTIÓN

El capítulo principal de las políticas públicas es el vinculado al *control* que doctrinariamente se involucra en la temática más amplia sobre el control del poder.

En ese contexto cuando, a fines del S.XVIII, comenzó el movimiento constitucionalista con las Revoluciones norteamericana (1776) y francesa (1789), la finalidad de toda esta corriente fue, sin dudas, controlar al poder.

Ese objetivo estuvo vinculado desde el inicio al constitucionalismo y es una manifestación de la *racionalización del poder del Estado* que conlleva la idea misma de la Constitución formal. Sobre el punto, dice Loewenstein: “*En una*

perspectiva histórica, el constitucionalismo ha sido la búsqueda del medio más eficaz para moderar y limitar el poder político, primero el del gobierno y después el de todos y cada uno de los detentadores del poder. El hombre racional desconfía por naturaleza de todo poder ilimitado y con toda razón. Si el fin más noble de la sociedad es alcanzar aquel estado que permita el máximo desarrollo de la personalidad de cada miembro, se puede decir que el grado de acercamiento a dicho fin se corresponde con los progresos que cada sociedad estatal ha realizado en relación con aquellas instituciones destinadas a controlar y limitar el poder político”.¹¹⁵

Explica el jurista mexicano Diego Valadés que “El problema del control del poder es en nuestro tiempo el eje de la vida institucional. Otros aspectos, como los derechos humanos, las relaciones sociales, los procesos electorales, y la descentralización administrativa y política, han merecido soluciones de corte más duradero y, en cierta medida, menos sujetas a las oscilaciones de la política. En cambio, el ejercicio de los controles está condicionado por múltiples factores; factores que tienen que ver con la lucha por el poder y en el poder”.¹¹⁶

¹¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la Constitución”, cit., p. 68.

¹¹⁶ VALADES, Diego, “El control del poder”, UNAM y Ediar, Buenos Aires, 2005, p.11.

La vertebración del control de las políticas públicas va a estar condicionada por la estructura del gobierno (no es lo mismo el control en un régimen presidencialista, que en uno parlamentario) y por la del Estado (no es igual el control en un Estado unitario, en uno regional o en uno federal, en donde se requiere un adecuado despliegue de relaciones *intergubernamentales*¹¹⁷ de *coordinación*¹¹⁸.

Cabe destacar que el federalismo, forma de Estado que adopta Argentina desde los albores de su vida constitucional (1853), al propiciar la descentralización política sobre bases territoriales, tiene mucho que aportar a la teoría del control de las políticas públicas.

Recordemos, en este orden de ideas, que el federalismo es una forma o arreglo constitucional por el cual una serie de gobiernos constituyentes reconocen, sobre su propio territorio y su propia población, autoridad a un gobierno federal en aquellas funciones que se extienden a la totalidad del territorio nacional, pero que retienen aquellas funciones relacionadas con sus

¹¹⁷ CARNOTA, Walter F., "Argentina", en NERENBERG, Karl, y CHATTOPADHYAY, Rupak (Editores), "*Intergovernmental Relations in Federal Systems*", Global Dialogue on Federalism Booklet Series Num.8, Forum of Federations e International Association of Centers for Federal Studies, 2010, p.9.

¹¹⁸ DIAZ RICCI, Raúl Marcelo, "*Relaciones Gubernamentales de Cooperación*", Buenos Aires, Ediar, 2009. El autor formula un estudio comparativo de esas relaciones en España y en Argentina, fruto de su Tesis Doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid.

propios territorios (lo que los autores norteamericanos del S.XIX denominaban impropiaamente “soberanía dual”).¹¹⁹

Se trata de un acuerdo de gobierno basado en la confianza mutua (la llamada “*lealtad federal*” de los alemanes¹²⁰) orientada a beneficiar de modo continuo a todas las partes involucradas que mantienen su identidad y sus funciones privativas.

La cuestión federal en la historia constitucional argentina es la sucesión de intentos por construir instituciones y reglas para hacer viable a la Argentina como unidad política.

Desde 1810, el conflicto por establecer las normas que regirían las diferentes partes de esa unidad preconcebida sobre la base del viejo Virreinato del Río de la Plata se tradujo en interminables y sucesivos episodios de desencuentros y violencias.

Luego del intento de Juan Manuel de Rosas por afirmar la unidad política, emerge una serie de intelectuales y políticos: la generación del '37, a la que pertenecieron Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento y Bartolomé Mitre, entre otros, que

¹¹⁹ José María ROSA, en su Historia Argentina Tomo 3 – ed. 1970, pág. 325 expresa: “El gobernador, no es “el Poder Ejecutivo”, aunque así lo diga la constitución. Su poder no puede medirse con la vara sajona sino española: no ejecuta, sino que gobierna en los cuatro ramos clásicos: militar, político, justicia y hacienda.”

¹²⁰ Cuestión que es tratada específicamente por SOSA WAGNER, Francisco, y FUERTES LOPEZ, Mercedes, “El Principio de Lealtad Institucional”, en SANTAMARIA PASTOR, Juan Francisco, “Los principios jurídicos del Derecho Administrativo”, Madrid, La Ley, 2010, p. 901.

evaluando los problemas que impedían la anhelada unificación, plantearon que era imperioso comenzar por fundar una nacionalidad y una ciudadanía homogéneas.

Con la metáfora del “desierto”¹²¹ identificaron los problemas que obstaculizaban la constitución de una república: un suelo atravesado por enormes distancias y sin población; el contraste entre Buenos Aires y el litoral –por un lado- y las provincias mediterráneas –por el otro-; el subdesarrollo económico, la falta de infraestructura y comunicación, la falta de educación, etc.

Cuando surgió la propuesta de diseño institucional que serviría como base de la Convención Constituyente de 1853, se enfatizó ese diagnóstico del vacío y la asimetría como el mayor desafío que debía ser resuelto. En *Las Bases*, Alberdi¹²² escribe que, para conciliar las diferencias era necesario adoptar “...*un sistema mixto que abrace y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de la Nación*”.

¹²¹ En 1870 los continuos ataques que desde el dominio indígena, practicaban los aborígenes contra las estancias y poblados, (denominados «malones»), determinaron que el general Julio Argentino Roca, -con la pretensión de incorporar esos territorios pampeanos y patagónicos al esquema productivo- , mediante una serie de incursiones militares llamadas en su conjunto «*conquista del desierto*» llevadas a cabo con fuerzas militares nacionales, ponga fin a estos ataques aniquilando a las tribus que habitaban esa región .

¹²² ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. 4ta reedición revisado por Francisco Cruz, Ed. Talleres Gráficos Argentinos. Buenos Aires. 1928.

Dada su problemática específica, Alberdi insistió en la necesidad de un gobierno central fuerte. Esto se tradujo en la Constitución, entre otras disposiciones, en mayores prerrogativas para la Presidencia.

Según el art. 4 de la Constitución de 1853, las funciones del gobierno nacional serían principalmente financiadas, con el producto de derechos de importación y exportación de aduanas, lo que fue uno de los principales motivos de la negativa de Buenos Aires – monopolizadora hasta entonces de dichos derechos – a suscribir el Pacto Federal y someterse a la Constitución.

En esa polémica sobre los derechos de la renta aduanera, Alberdi acusa a Buenos Aires de estar obstaculizando la Constitución nacional y la República. Al negarle a la Nación lo que le otorgó azarosamente “*la geografía política del territorio fluvial*”, Buenos Aires estaba recreando aquella división de la sociedad argentina que el gobierno federal estaba llamando a subsanar acortando las distancias de desarrollo entre Buenos Aires, el Litoral y el interior, toda vez que creía imperativo crear una sociedad nacional homogénea.

Alberdi¹²³ reconoce los reclamos de autonomía de las provincias, pero advierte la necesidad de crear un poder central,

¹²³ ALBERDI, Juan Bautista, *Obras completas de J. B. Alberdi*, t. V, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, p. 148, Buenos Aires, 1886.

un Estado nacional fuerte, capaz de construir, poblar, educar, y en cuya tarea hay implícito un componente solidario.

De este modo, el federalismo argentino,- con atribuciones comparativamente mayores para el gobierno nacional que el de los Estados Unidos- , se convierte en la respuesta al imperativo de franquear el “desierto” que entorpece la concreción de una república plena.

Trasladada a hoy esa visión de construcción en los hechos de ciudadanía participativa y federalismo, iniciativas tales como la *Red Federal de Control Público*¹²⁴ coadyuvan a la instrumentación de políticas públicas que achiquen la brecha existente, con plena participación de todos los actores.

Así, desde el control público se han buscado las herramientas que pongan énfasis en la necesidad de mejorar los resultados de su acción. La Red Federal de Control Público, es una nueva manera, articulada y federal, de extender un control más eficaz que atienda a las particularidades de cada región y se encuentre al servicio de una mejor gestión pública. Se instituye como un emprendimiento organizacional que integra y complementa las estructuras estatales de fiscalización y auditoría,

¹²⁴ Que aquí expongo desde su marco teórico de actuación y cuya conceptualización y conformación desarrollaré en el último capítulo.

con el fin de evaluar el desempeño de los programas sociales ejecutados por los entes de alcance nacional.¹²⁵

1.6.5 - LA REFORMULACIÓN Y RETROALIMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A lo largo de la implementación se monitorea el resultado parcial de las políticas. La reformulación implica la idea de una constante corrección de los cursos de acción y de los recursos necesarios para el logro de los objetivos centrales.

Esta cuestión da lugar a distintas concepciones acerca de la planificación estatal. En este aspecto, cabe destacar el problema del pasaje de un planeamiento de largo plazo propio de la etapa fordista¹²⁶ a un planeamiento que intenta incorporar reglas de flexibilidad adaptables a cambios de corto plazo impuestos por el denominado proceso de globalización.

El crecimiento económico es un requisito necesario para alcanzar altos niveles de desarrollo en las complejas sociedades

¹²⁵ En el capítulo quinto desarrollaré en extenso la experiencia de la Red Federal de Control Público.

¹²⁶ Fordismo: entendido como el Régimen de acumulación, que se basa entre otros aspectos relevantes en: una organización del trabajo, que partiendo del taylorismo, lleva aún más lejos la parcelación de tareas, la mecanización de los procesos productivos y una separación completa entre concepción y ejecución. El proceso dinámico entre la producción y la demanda se opera principalmente en un espacio nacional.

modernas. Sin embargo, el estudio de la historia reciente demuestra que, para lograr índices aceptables de equidad y desarrollo social, es fundamental contar con un fuerte involucramiento del Estado. Las sociedades dejadas al total arbitrio de las fuerzas del mercado caen en una puja distributiva descontrolada, donde los sectores menos favorecidos pierden capacidad de influencia. Se generan así círculos viciosos de anomia y marginalidad que llevan a una violencia más o menos organizada. La sociedad toda pierde, y el contrato social se debilita a una mínima legitimidad.

Dos de los principales instrumentos en manos del Estado para influenciar la organización de las fuerzas sociales son, por supuesto, la política impositiva y el uso del gasto público.

Todo país desarrollado cuenta hoy con un sector estatal que se alimenta de entre un cuarto y la mitad de todos los recursos producidos.

Sin embargo, dichos instrumentos no son suficientes por sí mismos. La gran innovación en políticas públicas que trajo consigo el siglo XX , en el mundo , fue la sofisticación de la intervención del Estado en áreas previamente ajenas al accionar del mismo. En ese marco, se construyeron sistemas educativos basados en el ambicioso objetivo de educar a cada nueva generación. Se desarrollaron sistemas de salud que aspiran a proteger de las enfermedades a cada ciudadano, al ritmo de una

evolución tecnológica que cada vez hace más ambicioso y a la vez más complejo su funcionamiento y financiamiento. Los sistemas de seguridad social crecieron hasta lo que sólo un siglo atrás era impensable, buscando proteger a los ciudadanos que ha alcanzado una edad donde ya no pueden sustentarse por sí mismos.

Se avanzó también en la protección de quienes caen temporalmente en el desempleo, a la vez que se implementaron programas masivos de construcción de viviendas y de universalización de los servicios públicos.

En la Argentina, el camino hacia el desarrollo social no ha sido lineal. La estructura social desigual e injusta que se gestó en el país en los años 80' y se profundizó a partir de la experiencia privatizadora de los años 90, e impactó inevitablemente en el desarrollo de las políticas públicas.

En este contexto, es prioritario mantener información en el terreno de la investigación y en el seguimiento de los problemas y las políticas que surgen en el ámbito nacional e internacional.

Los distintos proyectos y propuestas se originan a partir de este diagnóstico, buscando consolidar dos líneas paralelas y convergentes de intervenciones:

- (a) El fortalecimiento del Estado, especialmente a nivel provincial, para el diseño e implementación de políticas que**

garanticen el cumplimiento integral de los derechos sociales y la universalización de los derechos humanos.

- (b) El fortalecimiento de los actores de la sociedad civil, fomentando un gobierno democrático en el que todos participen.**

El planteo es encontrar respuestas a los cambios que se producen en las políticas económicas, y cómo influyen éstas en las instituciones; la gestión en políticas públicas no puede ser entendida puramente como una puja entre grupos de interés o de presión, o de agencias exteriores que imponen cambios, sino que debe evaluarse la preponderancia que adquiere en la política de los '80 la gerencia, y dentro de ella, el entendimiento de que los responsables del gerenciamiento cuentan con una serie de opciones dentro de las cuestiones públicas, y entre ellos se encuentra incluso la de no dirigirlas.

La visión es que el proceso de políticas públicas y cambios institucionales es consecuencia de que los gobiernos detectan errores en los acuerdos preexistentes y en las políticas precedentes.

De este modo en la década del '80 lo que ocurre es una etapa de cambios y reformas apoyadas por determinadas élites donde se destacan los siguientes rasgos que reconocen autores como

Zimmerman¹²⁷:

- 1) Las élites políticas están en condiciones de maniobrar e influenciar las políticas, definiendo el “espacio político” para las reformas, sin que ello obedezca a patrones de intereses de clases o grupos, o de sectores económicos o internacionales.
- 2) Luego de definir el espacio político, las élites determinan los contenidos de las políticas, con percepciones o entendimientos sobre las relaciones causa – efecto.
- 3) Son varios los intervinientes en las determinaciones, y la formulación no debe ser visualizada como una exclusividad de las agencias burocráticas.
- 4) En los casos estudiados, las élites políticas tienen una capacidad para prever estrategias, gerencian las ventajas de las oportunidades, logrando incluso soportes colectivos para las reformas.
- 5) Los cambios siempre implican reformas, lo que hace en la práctica un continuo de estudios, discusiones, y debates acerca de cómo improvisar y proponer cambios o

¹²⁷ ZIMERMAN, Héctor. *Aparición y desarrollo de las políticas públicas*. Primer Congreso Argentino de Administración Pública, Sociedad, Gobierno y Administración Pública, Rosario, 30 de agosto a 1° de septiembre de 2001.

desmantelar las políticas existentes suplantándolas por otras.

Durante décadas se dejaban en manos del Estado, el control de los recursos y la decisión de las políticas para promover el desarrollo. El era entonces quien incrementaba su capacidad en la designación y dirección de programas y proyectos, para la producción de bienes, implementación de servicios y su distribución posterior a la sociedad.

El replanteo del rol estatal ocurrido en los años '80 en los procesos de redistribución va cambiando los actores intervinientes y los objetivos. Los datos relevados muestran:

- 1) El ingreso del Fondo Monetario Internacional como agencia internacional en todas las políticas económicas y públicas de los países en desarrollo o con procesos de cambio.**
- 2) Las políticas determinadas por los agentes internacionales (financieros en este caso) no resguardan de manera alguna las cuestiones particulares de los países donde son introducidas.**
- 3) Las políticas están sujetas a “paquetes institucionalizados”, que se materializan como secuencias de préstamos, o agenda técnica, o liberación de fondos, condiciones netamente ligadas a la concreción de ajustes de tipo estructural.**
- 4) Coincidentemente, las medidas son impuestas a los países en**

desarrollo, e implican mayor dureza o retrocesos en los niveles económico-sociales de la población.

- 5) Disminuye considerablemente el poder económico del Estado, desplazado por grupos económicos que se disputan licencias, servicios, tarifas, y mercado.

En este marco se explica el por que las políticas adoptadas en esa década resultaron de tipo estandarizadas, por qué se implementan, con qué criterio se modifican o se mantienen o alteran su continuidad, y se verifica fundamentalmente, que el éxito o el fracaso en el abordaje o aplicación puede deberse a factores ajenos a la misma implementación de políticas.

Oszlak¹²⁸ plantea la vigencia de dos modelos que coexisten para la formulación e implementación de las políticas públicas.

Parte de reconocer la necesidad de una organización burocrática para alcanzar determinados fines orientados por el Estado. Para este autor, se llega al enfrentamiento de los dos modelos denominados, de racionalidad técnica, y de racionalidad política.

El modelo de racionalidad técnica, supone a la acción como un plan preconcebido, lo que conduce a la implementación de políticas aplicando criterios establecidos. En este sistema de relaciones las pautas se determinan a priori.

¹²⁸ Ob cit.

La planificación juega aquí un papel importante. Sin embargo, se plantea que el fracaso de las políticas implementadas no debe ser comprendido como un *desmérito de la planificación* sino más bien como el enfrentamiento de la racionalidad técnica con la política, que tienen como base principios diferentes.

Para que la planificación sea exitosa, los planificadores deben mantener sus criterios de definición técnica, sin pretender influir en conceptualizaciones de tipo político ya que ambas áreas de actuación se rigen por reglas diferentes.

En el modelo de racionalidad política los conflictos, negociaciones y transacciones políticas, surgen por imperio de las transacciones, negociaciones o acuerdos es decir no son producto de la planificación. A poco de iniciar la implementación de acciones políticas, surge como impacto , resultados y costos imprevistos, lo que impone en la práctica a realizar ajustes o “incrementos” no planificados aplicando como criterio el de la racionalidad acotados.

Como se trata de impacto como efecto directo de la acción, estos resultados y costos se verificarán en la estructura social donde se aplican las políticas. Esta idea de incremento lleva posteriormente a tratar de conseguir los fines con el menor costo posible y consecuentemente conduce a tomar posiciones de tipo conservador.

En este marco para Oszlak *“El aparato estatal no es pues el*

resultado de un racional proceso de diferenciación estructural y especialización funcional, ni puede ajustarse en su desarrollo a un diseño planificado y coherente”.

Por ello, las iniciativas y políticas públicas no planificadas y definidas como prioridades imponen una adaptación en la estructura de control del Estado – en especial sobre el control interno que para ser eficaz debe ser concomitante con la gestión – y se traduce en formas organizativas y adaptaciones en el funcionamiento para adaptarlo a la realidad sobre la que se debe actuar.

Las conclusiones a las que arriba el autor citado son:

- 1) En el aparato del Estado se reproducen procesos de negociación y compromisos, y de alianzas y enfrentamientos de manifestación intrasocietal.**
- 2) Los ajustes internos se toma superficialmente como desviaciones del modelo ideal.**
- 3) No se pueden pensar las políticas públicas asimilando solo las experiencias históricas, pero tampoco es aconsejable encerrarse en cuestiones exclusivamente técnicas, despreciando el pasado y el contexto de aplicación.**

Visto desde la visión organizacional, se produce una difícil tensión cuando se pretende llevar a la “arena pública”, el criterio

de gestión o gerenciamiento privado. Situación que puede ocurrir si se traslada el modelo decisorio privado al ámbito público.

Los inconvenientes de organización que se producen en la formulación e implementación de políticas públicas se manifiestan así ante la imposibilidad de copiar pautas propias de otras organizaciones, que no son coincidentes en la burocracia pública, tales como la división del trabajo, la distribución de recursos, o el criterio estandarizado de plantear visión, misión y valores y las posibilidades de su consecución.

A ello se suma la dificultad de encontrar indicadores sociales, ya que en el diseño e implementación de las políticas públicas, es usual tomar determinaciones sin dar intervención a los beneficiarios de esas políticas públicas.

Bernardo Kliksberg,¹²⁹ entiende que las estrategias a utilizar, deben basarse en la movilización de formas de capital no tradicional, que la promoción y puesta en acción de fuerzas latentes en los grupos sociales, pueden incidir considerablemente en su capacidad de generar soluciones y de crear. Que se trata de hacer entrar en juego la habilidad para buscar respuestas y ejecutarlas cooperativamente.-

En palabras del Dr. Kliksberg, en *“las últimas dos décadas del siglo XX se realizaron profundas transformaciones en el Estado latinoamericano que afectaron estructuralmente su rol en*

¹²⁹ Bernardo KLIKBERG “Mas Ética Mas Desarrollo “, 2da edición / Ed. Temas 2004

los procesos de desarrollo, y muchas de sus características básicas. A grandes trazos con variaciones según los países, las recorrió una línea central, pasar del Estado existente al que se le atribuyeron calificativos como “obeso”, “omnipresente”, “interventor”, a otro tipo de Estado totalmente diferente caracterizado con frecuencia como “el Estado mínimo”. Se enfatizó que el Estado construido durante las décadas anteriores era nocivo para la economía, y de la más alta ineficiencia, y que la gran mayoría de sus funciones debían ser transferidas a la “mano invisible” del mercado que estaba en mucho mejores condiciones de ejecutarlas, y que tendría niveles muy superiores de utilización productiva de los recursos.

Las promesas ofrecidas abrieron una enorme expectativa y se planteó que la nueva Reforma del Estado contribuiría decisivamente entre otros aspectos a:

- aumentar sustancialmente el crecimiento económico.***
- reducir la pobreza.***
- abrir oportunidades.***
- eliminar la corrupción.***
- mejorar la eficiencia.***

En la mayoría de los países de la región, se instrumentaron estrategias activas de “minimización del Estado” a través de vías como entre otras su redimensionamiento reduciendo su planta de

personal y su tamaño, una acelerada política de privatizaciones, la desregulación, la eliminación jurídica de diversas de sus funciones.

Lo más destacable, para el Dr. Kliksberg es que todo ello fue acompañado de una *vigorosa campaña de desvalorización de la acción estatal*. Se cuestionó frontalmente su sentido de existencia, se asoció actividad pública con ineficiencia, se enfatizó la alta identidad entre aparato público y posibilidades de corrupción. Se llegó asimismo a *desprestigiar en extremo la misma figura del funcionario público, sugiriendo que era en definitiva uno de los mayores obstáculos para avanzar hacia un progreso sostenido*.

A medida que estas estrategias fueron avanzando surgió una discusión cada vez más activa en torno a ellas, que adquirió con frecuencia claras características ideológicas. Los puntos de vista variaban según en qué ideología más global se ubicaran los integrantes del debate.

En pleno apogeo de la ola reformista en la Argentina,¹³⁰ O'Donnell (1993)¹³¹, caracterizó muy bien las implicancias de fondo

¹³⁰ La conceptualización de la ciudadanía operada por el sociólogo inglés T.H. Marshall, varios científicos sociales y políticos latinoamericanos han articulado inflexiones y reparos que han contribuido a enriquecer y complejizar el pensamiento de la ciudadanía en la región. Una de las particularidades de América Latina, que están a la base de la inadecuación de la perspectiva marshalliana de la ciudadanía, está vinculada al déficit de modernización política. Y en este sentido sostienen que la titularidad de derechos ciudadanos supone la posibilidad de hacer valer esos derechos y exigir su cumplimiento allí donde son

de la misma: **“...los intentos actuales de reducir el tamaño y los déficits del Estado como burocracia también están destruyendo el Estado como ley y la legitimación ideológica del Estado”**.

En línea con lo expuesto, el Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz (2003) describe la situación al final de los 90 de este modo: **“Actualmente en toda Latinoamérica existe un sentimiento de desilusión.¹³² El crecimiento producido en virtud de la liberalización es poco más de la mitad del que tuvo lugar bajo el régimen de la pre reforma (aunque todavía mejor que el de la década de los ochenta), el desempleo ha subido 3 puntos; la pobreza (medida según un nivel de renta muy bajo, de sólo 2 dólares diarios) ha aumentado e incluso en términos de porcentaje de la población. Cuando se ha producido crecimiento los beneficios han ido a parar a los que ocupan un lugar más alto en**

conculcados; es decir, supone la presencia efectiva del Estado a lo largo de todo el territorio nacional.

¹³¹ Ob cit .

¹³² Joseph E. STIGLITZ, en su obra ***El malestar en la globalización***, traducida por Carlos Rodríguez Braun, nos introduce en el tema diciendo **“Escribo este libro porque en el Banco Mundial comprobé de primera mano el efecto devastador que la globalización puede tener sobre los países en desarrollo, y especialmente sobre los pobres en esos países. Creo que la globalización —la supresión de las barreras al libre comercio y la mayor integración de las economías nacionales— puede ser una fuerza benéfica y su potencial es el enriquecimiento de todos, particularmente los pobres; pero también creo que para que esto suceda es necesario replantearse profundamente el modo en el que la globalización ha sido gestionada, incluyendo los acuerdos comerciales internacionales que tan importante papel han desempeñado en la eliminación de dichas barreras y las políticas impuestas a los países en desarrollo en el transcurso de la globalización.”**

la distribución de la renta... las perspectivas de progreso son sombrías e incluso la confianza en la democracia se ha debilitado”.

Paramio (2002) señala que “La reforma del Estado era ciertamente imprescindible en América Latina a comienzos de los 80, pero la forma en que se llevaron a cabo las reformas... ha conducido a modelos de sociedad en los que los ciudadanos dependen mucho más del mercado que en ninguna otra sociedad conocida, con la excepción de Estados Unidos, y cuentan con mucho menos apoyo público, y con recursos sociales mucho más escasos que en cualquier otra sociedad conocida (incluyendo Estados Unidos)”. ¹³³

A dos décadas de aplicación de las reformas con especificidades según los países, y con excepciones, pero siguiendo tendencias generales de este orden, explica el Dr. Kliksberg, el debate ha recrudecido pero ya tiene otro perfil

¹³³ Conferencia en el VII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano para la administración del desarrollo (CLAD), sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 8 al 11 de octubre de 2002, Lisboa, Portugal Reforma del Estado y Desconfianza Política - Ludolfo Paramio unidad de políticas comparadas (CSIC, Madrid) - difundido en ciudadanía 20.org.- donde expresó que *“el alto crecimiento de la desconfianza política en América Latina podría ser consecuencia de que las reformas del estado han disminuido sustancialmente la capacidad de los gobiernos de la región para proteger a los ciudadanos ante la inseguridad económica, y, al mismo tiempo, el nuevo modelo económico se ha revelado especialmente vulnerable al impacto de turbulencias financieras exógenas o a las estampidas de capitales ante percepciones de riesgo independientes hasta cierto punto de la situación económica del país”.*

totalmente distinto. Hay resultados concretos a evaluar. Es posible cotejar las promesas con las realidades. Por tanto ya no es un debate confinado a diversas ideologías, sino que puede basarse en hechos.

El estímulo a factores tales como clima de confianza entre los actores, el respeto a sus culturas, fomentó un estilo de conducta cívica solidario y atento al bienestar general, crean energías comunitarias y organizacionales para llevar adelante procesos de construcción.

Que además de ello la adopción de un diseño organizacional, totalmente no tradicional, conformador de un hábitat adecuado para la movilización de capital social y cultura y para la obtención de eficiencia tiene ventajas competitivas relevantes respecto de los diseños jerárquicos usuales y se identifican los mecanismos a través de los cuales se generan dichas ventajas.

Kliksberg sostiene que la participación forma hoy parte central de los modelos de gerencia de las organizaciones más avanzadas existentes y que tras la movilización del capital social y la cultura y los diseños de gestión, abiertos y democráticos, hay una concepción en términos de valores, que resulta decisivo. Y sostiene que *sin esa concepción no pueden resolverse las dificultades que se derivan del camino innovativo y no tradicional seguido.*

Referencia experiencias, en las que los valores sirvieron de orientación continua, al tiempo que motivaron poderosamente el comportamiento y transmitieron la visión de las metas finales hacia las que se dirigían los esfuerzos, visión que actuó como inspiradora permanente.¹³⁴

Kliksberg sostiene que “la crisis del pensamiento económico convencional abre una “oportunidad” para que, en la búsqueda de un pensamiento más comprensivo e integral del desarrollo, se incorporen en plena legitimidad sus dimensiones culturales”.

Podemos decir en este contexto que la participación:

- 1. Da resultados, implicando el respeto de la historia, cultura e idiosincrasia de la población. Junto a ello tener un proyecto en términos de valores, de perfil de sociedad por lograr.**
- 2. Tiene ventajas comparativas, sobre todo impactos positivos en materia de sostenibilidad social y equidad.**
- 3. Es un núcleo central de la gerencia del nuevo siglo. Se prioriza la necesidad de participación para generar confianza.**

¹³⁴ Entre las experiencias que menciona se hallan: el programa EDUCO, en El Salvador, basado en la autoorganización de familias campesinas pobres para la gestión de escuelas rurales; los programas de Vaso de Leche en Perú; el papel de comunidades indígenas organizadas, en Bolivia y Ecuador; la participación de los padres en el manejo de las escuelas en Minas Gerais; y los diversos programas identificados y sistemáticamente documentados y evaluados, en el marco del encuentro “Programas sociales, pobreza y participación ciudadana” realizado por el BID (1998).

4. Enfrenta fuertes resistencias e intereses. Al momento de valorar la participación como clave para el sustento del desarrollo el diseño y ejecución de los programas sociales se realiza esencialmente en términos económicos – o presupuestarios - y no en aspectos de participación comunitaria. Existe un choque entre culturas donde la gerencia es vertical frente a otra donde es horizontal, la primera impide la participación, la segunda la promueve. Se desvaloriza la capacidad de los pobres para gestionar su propio desarrollo. Se usa la participación comunitaria sólo para fines políticos ya que existe resistencia a compartir el poder y la toma de decisiones.

5. Requiere de políticas y estrategias orgánicas y activas. Entre ellas: la investigación. Realizar una tarea continuada de aprendizaje de las experiencias exitosas de la región. Apoyar la realización de nuevas experiencias innovadoras. Forjar una gran alianza estratégica en torno a la participación. Ganar conciencia pública respecto de las ventajas de la participación.

6. Se halla en la naturaleza misma del ser humano. La participación eleva la dignidad y abre posibilidades de desarrollo y realización.

En la cuarta parte de su libro¹³⁵, Kliksberg realiza una serie de propuestas para una economía orientada por la ética. En esta parte el autor analiza el desarrollo social en Argentina, a la cual no

¹³⁵ KLIKSBURG, Bernardo, “*Mas Ética Mas*Ob cit

son ajenos los países de la región, y sugiere terminar con las siguientes falacias:

- La que opone la política económica a la política social.
- La que descalifica a la política social argumentándose en que se trata de un simple “asistencialismo”.
- La que opone Estado y sociedad civil.
- La que considera a los pobres como un objeto y no un sujeto.

Frente a ello, el autor propone:

- Las políticas públicas deben tener un rol fundamental, ser socioeconómicas.
- Las políticas deben ser descentralizadas.
- Una política social renovada que genere redes y alianzas.

Concertaciones entre las políticas públicas, responsabilidad social empresarial, voluntariado y otros sectores de la sociedad civil.¹³⁶

¹³⁶ MARTIN MATEO, Ramón, en *El horizonte de la descentralización* Colección Estudios de Administración Local, pág. 95 y 96, se refiere al **Estado administrativo**, como el Estado que en la actualidad actúa sometido a condicionantes y en el que el legislador se ve obligado a descender a regular situaciones concretas y promulgar normas casuísticas, asumiendo tareas que cuadran más con las tradicionales características de las actividades de la Administración y sostiene que ésta, por su parte, asume competencias considerables, extiende sus operaciones a todos los ámbitos de la vida del país y lleva la intervención pública a sectores antes exclusivamente atendidos privadamente, con lo que se hace prácticamente imposible el mantenimiento de la fiscalización, supervisión y dirección a que teóricamente venía sometida por los imperativos del Estado constitucional.

Bernardo Kliksberg sugiere, que para terminar con la pobreza en Argentina debe considerársela como un *desafío colectivo*, que se base en una relación estrecha entre ética y economía y propone combinar tres factores: el voluntariado, la responsabilidad social de la empresa privada, y la articulación y “empoderamiento” de los pobres, pues son capital en acción. *Él entiende que este capital articulado con políticas públicas activas tiene un efecto poderoso.*

1.6.6 - LA DESCENTRALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO HERRAMIENTA

Las políticas públicas, que se pueden entender como un conjunto de respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas, requieren ser solucionadas con fundamento en la agenda gubernamental; aquí lo público se puede confundir fácilmente con lo estatal y las acciones gubernamentales con los propósitos públicos.

La actuación del Estado (que naturalmente monopoliza la gestión social) difiere de la política pública, al confundirse ambas áreas de actuación, el estudio para determinar el alcance de las políticas públicas se centra en la averiguar los distintos tipo de acciones que desarrolla el Estado en sus diferentes ámbitos y en cómo se elaboran y desarrollan y cómo se evalúan y cambian.

Insisto en sostener que cuando los cambios en las circunstancias históricas determinan que el Estado debe asumir un rol configurador del orden social, buscando corregir desigualdades, la Administración Pública necesariamente debe actuar en determinados ámbitos de interés social (salud pública, previsión social, educación, vivienda etc.) no cubiertos por la actividad privada.

Este nuevo conjunto de objetivos, de decisiones y de acciones estatales requieren de una estructura administrativa que aporte racionalidad en la administración del gasto público, requieren de una acción público –privada coordinada que reconozca la realidad y actúe sobre ella con acciones positivas y requiere de un aumento en las tareas de gestión y control desde el Estado, que en forma concomitante subsane las debilidades del quehacer público. Todo ello se compadece con un creciente debilitamiento de la línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado, en áreas sensibles como la protección ambiental, la del consumidor o el ordenamiento territorial del Estado (por identificar tan sólo tres áreas emblemáticas de esta yuxtaposición), sin por ello dejar de resaltar la necesidad de la “vuelta” al Derecho Administrativo, como respuesta a los procesos de “huída del Derecho Administrativo”.

Como los contenidos formales de la igualdad jurídica, esto es, la no discriminación y la igualdad de oportunidades, al ser instrumentos de mera nivelación resultan insuficientes para

alcanzar una igualdad material y mantienen estructuras de subordinación de las personas y colectivos, se hace necesario poner en práctica lo que se denominan *acciones positivas* como instrumento correctivo.¹³⁷

No hay unanimidad sobre el significado de la expresión *acciones positivas*¹³⁸; en ocasiones se utilizan indistintamente conceptos que podríamos llamar propios de los diversos modelos concretos o tipos de medidas de orden positivo. Es posible que la confusión se origine en los comienzos de la utilización del vocablo. La admisibilidad jurídica y posteriormente constitucional de la llamada “acción positiva”, nace en el derecho anglosajón¹³⁹

¹³⁷ La toma de conciencia de que “una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades”, BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*. Barcelona, Paidós, 1993, p. 79 y p. 150, ha supuesto una distinción entre la igualdad formal y la igualdad material. Sobre las causas de la necesidad de las acciones positivas, véase: DÍAZ MARTÍNEZ, C.: *Las razones sociales de la acción positiva*. Documentación social nº 105, 1996.

¹³⁸ Sobre el complejo debate terminológico puede verse: RUÍZ MIGUEL, A.: *Discriminación inversa, acciones positivas e igualdad*. Jóvenes nº 4-5, 1995, pp. 92-108.

¹³⁹ En el estudio de DURÁN, P.: “Una aproximación comparada a las acciones positivas (El caso de Italia, Noruega y Argentina)” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº 34, 2000, pp. 279-298, se establece que los Tribunales americanos a finales del siglo XIX usaban la acción positiva para referirse a medidas de remedio establecidas a favor del defendido. Sin embargo, las investigaciones de David Giménez Gluck ubican el nacimiento de las acciones positivas al constitucionalismo moderno con la Constitución de la República india de 1950 la cual en su “artículo 16.4, contiene el mandato de reservar puestos en la Administración del Estado a los miembros de una casta (*los intocables*), secularmente marginada”. Esta medida fue conocida como “*reservation policy* (política de reservas) que se extendió en la década de los sesenta a Estados

el cual, con fundamento en los derechos civiles, se refiere a acciones políticas que ofrecen ventajas en atención a la pertenencia a un grupo determinado y a las que denomina acciones afirmativas.¹⁴⁰

En este marco, las políticas públicas son formuladas por el Estado y se proponen impactar en la sociedad, y la administración pública tiene a su cargo las acciones necesarias y aporta los recursos para la implementación de las políticas y programas gubernamentales.

Potenciar las capacidades y oportunidades locales y regionales y lograr la conexión con otras economías locales, es lo

Unidos bajo el nombre de affirmative action, siendo utilizada respecto a la minorías raciales y las mujeres”. Este dato lo recoge Giménez Gluck de MADHOLIA, MATA DIN: *Supreme Court on Reservation*. Kamlesh Publications, Nueva Delhi, 1988, p. 3. Sobre este dato vid: GIMÉNEZ GLUCK, D.: *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 15-16.

¹⁴⁰ El vocablo utilizado en Estados Unidos corresponde al de *affirmative action* (acción afirmativa) y es utilizado por la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles en U.S. Commission on Civil Rights: *Statement on Affirmative Action*, 1977, p. 2: “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”. Incluso parte de la doctrina, ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *Las acciones positivas*. En la Revista *Jueces para la Democracia* nº 41, julio 2001, pp. 49-69, especialmente la pp. 50 y 69, distingue entre las mencionadas *acciones positivas* –que proponen una igualdad material de los colectivos que poseen rasgos comunes-, con otros tratos desiguales como lo son las *medidas de igualación positiva* –fundamentadas en un rasgo individual que busca la igualdad material pero entre los ciudadanos considerados individualmente.

que genera eficiencia colectiva y complementariedad económica y social; para ello la tarea es dictar políticas explícitas para proteger, fortalecer e impulsar la actividad económica local en torno a industrias estratégicas; al impulso a la capacidad inventiva de los emprendedores locales y a la investigación.

Es prioritario este aspecto, para lograr complementariedad entre las actividades a promover y compenetración entre el tejido social y empresarial de la región incluyendo a todas las actividades que son insumos obligados; a la mano de obra local, a los subcontratistas, etc. Se trata de comprometer a la empresa con su entorno, desde la responsabilidad social.

La descentralización de las políticas públicas puede ser encarada desde tres perspectivas principales –y, por supuesto, desde una combinación de todas ellas.

Desde la *perspectiva fiscal* la descentralización es vista como herramienta de un correcto manejo de las cuentas públicas; previene superposición de esfuerzos y derroche de recursos, y reduce costos de transacción.

Desde una *perspectiva técnica* la descentralización puede ayudar, a la toma de decisiones más eficientes que conducen a productos de mejor calidad; contribuye también a la desburocratización de la gestión pública y a dotar de mayor transparencia a los procesos y decisiones.

También se señala, desde un tercer enfoque, la *virtualidad democratizadora* de la descentralización, en cuanto aproximar las decisiones de política a jurisdicciones subnacionales favorecería una mayor y más efectiva participación de los actores directamente interesados en ellas, circulación abierta de información, fiscalización social de la gestión pública, etcétera.

En los hechos los tres enfoques se presentan combinados, con predominio de alguno de ellos. Se presume que mayor participación conduce a decisiones sustantivas de más calidad, más transparentes, y más compatibles con un uso racional de los recursos fiscales.

Hay una tendencia en la última década, de renovar el interés por el territorio, la región y el espacio y se está dando un proceso de replanteo de la forma de analizar las políticas públicas y poder instrumentarlas para un crecimiento sostenido que permita superar los desequilibrios territoriales.

El reconocimiento de las identidades locales, ubica al espacio como factor dinámico y de sostén de las relaciones económicas u sociales y se van manifestando en el mercado como de desarrollo territorialmente focalizado.

Es interesante la diferenciación realizada por Manuel Castells entre espacio de flujos y espacios de los lugares. Dice Castells (1996): *“... hay un proceso general de transformación del espacio que se está dando en todas las sociedades en la medida que éstas*

se articulan crecientemente en un sistema global. En el centro de esta transformación está la aparición de los que denomino “espacio de flujos” como una forma de articulación del poder y la riqueza de nuestro mundo. La abstracción ahistórica del espacio de los flujos es el nuevo sistema de organización material de nuestras sociedades...” junto o frente o al lado del espacio de los flujos persiste el espacio de los lugares en que se construye y practica la experiencia, el espacio de la vida cotidiana de la gran mayoría de las personas”.¹⁴¹

La pregunta necesaria es, cuál es el modelo institucional que se corresponde con esta realidad y en el mismo sentido cuáles son las políticas públicas idóneas para aplicar a este cambio, que permitan potenciar las capacidades locales e impedir que surjan nuevos desequilibrios regionales.

La cuestión gira en torno a cómo se articulan los sistemas productivos de forma tal de identificar áreas de desarrollo regional que generen modificaciones equitativas para movilizar recursos locales, ser competitivo y generar empleo.

Así como entró en crisis el modelo fordista y se fue instalando el modelo de producción flexible en la gestión pública territorial éste es un tema en avance.

En la Argentina, desde el Estado Nacional, la creciente descentralización y las estrategias de desarrollo local están

¹⁴¹ CASTELLS ob cit.

generando las condiciones para que las administraciones locales se involucren con sus propios recursos en los nuevos criterios de gestión territorial.

Para ello, se está utilizando la planificación estratégica como nueva forma de gestión urbana y de desarrollo local. Ello permitirá formular y ejecutar políticas públicas que permitan la interacción de los actores locales y que se consideren también las características y especificidad del lugar. De esa forma, en cada espacio local, la descentralización de la gestión y del control de programas y políticas públicas -que trataré al referirme a la Red Federal de Control Público- busca impactar territorialmente y son un primer paso para resolver los desequilibrios estructurales vinculados a la superación de la pobreza y a cambiar la distribución en la prestación de Salud, Educación y Empleo.

En el mismo sentido la inversión en infraestructura y en la gestión de ordenamiento territorial como política pública iniciada en la Argentina a partir de 2003, busca garantizar la accesibilidad y conectividad a las diferentes regiones del territorio, en todo el sistema de asentamientos humanos en que se articula el espacio y los sistemas de ciudades.

Es la infraestructura la que debe incorporarse al territorio, ya que las modernas redes de telecomunicación e informática tienen un impacto regional importante y potencian la competitividad de

los lugares toda vez que reducen la relación espacio-territorio-costo.

La política pública de ordenación territorial, cumple su objetivo si las estrategias e instrumento de actuación que se diseñen logran un territorio más competitivo y una mayor cohesión en lo económico y social, un apoyo a los procesos de reconversión urbano y regional, una mejor dotación de infraestructura que cuantifique e impulse la gestión del espacio y que a su vez preserve el medio ambiente y el patrimonio cultural del territorio.

Una forma de interrumpir localizadamente el ciclo de pobreza y subdesarrollo que afecta a los espacios locales consiste en capitalizar el conocimiento del territorio y de sus potencialidades y condiciones locales en materia económica, social y política. El empleo de dicho conocimiento permite diseñar políticas públicas desde el nivel local de gobierno para fomentar el surgimiento y el crecimiento de unidades económicas que incidan favorablemente en la competitividad, el desarrollo económico local y la calidad de vida.

Las ventajas del municipio, por la cercanía con la sociedad local, son las de tener mejores posibilidades para la identificación de las demandas colectivas y cumplir funciones vinculadas a cuestiones básicas de la vida comunal.

Un proceso de descentralización y transferencia de competencias a los gobiernos locales y regionales, puede impulsar el desarrollo a través del crecimiento económico y la generación de empleo con énfasis en la pequeña empresa.

Las políticas públicas deben para ello ser planificadas y articuladas con los objetivos del desarrollo.

El diseño de políticas locales que incidan en el dinamismo económico, la articulación del tejido empresarial local con sistemas externos y la creación de bienestar, permite considerar la vinculación de la actividad emprendedora con el territorio.¹⁴²

Stiglitz ¹⁴³ advierte que, por ejemplo, el régimen comunista de la otrora Unión Soviética condujo al país a un estado insostenible de manejo económico, pues la planificación centralizada de la economía no permite recolectar y procesar la información sobre las oportunidades y potencialidades reales de los espacios locales.

¹⁴² MARTIN MATEO, Ramón *El horizonte de la descentralización* Colección Estudios de Administración Local, pág. 15 expresa: *“A la Administración se va a exigir en el futuro no ya que vele policialmente para que se mantengan las condiciones favorables al espontáneo florecimiento de los impulsos sociales, sino que actúe precisamente sobre tales condiciones y oriente la economía hacia soluciones óptimas y a la par justas por equitativamente distribuidoras”*

¹⁴³ STIGLITZ, Joseph, *El malestar de la globalización*, Madrid, Taurus. 2003.

Martin Mateo por su parte expresa¹⁴⁴ *Un aparato administrativo concebido desde las premisas clásicas de unidad de dirección y transmisión jerárquica, resultaría ineficaz sin que los temperamentos organizatorios de la desconcentración pudieran paliarlo. Si la Administración quiere marchar al ritmo de los tiempos, forzosamente habrá de agilizar sus operaciones confiando responsabilidades a otros centros secundarios de poder que obren con inmediatez a los problemas y con una cierta independencia. Surge, pues, de nuevo, insensiblemente, la Administración local* “

Al momento de reflexionar sobre las políticas públicas es importante aprovechar los beneficios de la globalización que está influenciada por las oportunidades de descentralizar las decisiones de desarrollo en torno a espacios locales y regionales relevantes; en este sentido la influencia de la globalización tiende a ser positiva para un país o economía si éstos cuentan con sectores sociales y económicos emergentes desde una perspectiva local.

BAYONA I. ROCAMORA, expresa al respecto que “*La conclusión más importante que de ello se desprende es que el fenómeno de la descentralización territorial no puede considerarse hoy en día como el único prisma bajo el cual se*

¹⁴⁴ Ob cit pág. 33

refleja el reparto y ejercicio de los poderes y servicios públicos. El panorama administrativo es más rico y complejo y habrá que considerarlo siempre desde una óptica más amplia que abarque en su conjunto las dos vertientes, territorial y funcional, que ofrece la descentralización. “¹⁴⁵

Potenciar las capacidades y oportunidades locales y regionales, la conexión con otras economías locales, es lo que genera eficiencia colectiva y complementariedad económica y social, para ello la tarea es dictar políticas explícitas para proteger, fortalecer e impulsar la actividad económica local en torno a industrias estratégicas; al impulso a la capacidad inventiva de los emprendedores locales y a la investigación

De la enseñanza de Stiglitz surge claro que la actividad económica descentralizada y las políticas públicas orientadas al anclaje local y que mejoren los sistemas productivos locales contribuyen al bienestar de las comunidades.

En este contexto, la descentralización de las decisiones y opciones para el crecimiento local equivale a un medio, que debe complementarse, en el marco de la política pública, con la transferencia de competencias y prerrogativas a los gobiernos

¹⁴⁵ Antoni BAYONA I. ROCAMORA en **Estudios para la reforma....** Ob cit Madrid-2004 *Descentralización y Coordinación* Pág. 247.

descentralizados (locales y regionales) como instrumento para posibilitar ese crecimiento.

Descentralizar supone repartir el poder entre distintos niveles, con el fin democratizador de aproximar la toma de decisiones a los ciudadanos.¹⁴⁶

La identificación de los actores y beneficiarios, en el desarrollo local, está dado no sólo por los emprendedores locales y el clima de negocios e inversiones, sino también por la infraestructura, los servicios y con la posibilidad que ellos y los gobiernos locales tengan para relacionar y combinar los recursos y las capacidades en el territorio y entorno de influencia.-

Comprometer a una empresa con su entorno, desde la responsabilidad social, es insuficiente si no se considera que ella está preparada para competir, crecer y lograr rentabilidad en una industria o mercado y que, necesariamente, debe tener incentivos para mejorar sus niveles de desempeño y ganar más participación en el mercado. Éste es en definitiva el sentido de la competitividad, una mirada que no puede perderse de vista en la inserción local de las mismas. La dinámica económica de la empresa debe tener incidencia clara sobre la dinámica económica local.

Cuando los productos son elaborados localmente pero no son consumidos allí, aún cuando las oportunidades externas (de

¹⁴⁶ RIVERO ORTEGA , Ricardo ob.cit

exportación) sean atractivas, la actividad desarrollará articulaciones mínimas con las actividades económicas locales (empleo limitado y poco calificado).

Estos son aspectos a considerar, sin duda, a la hora de promover políticas públicas de inversiones locales a largo plazo ya que el tipo de inversión a realizar tiene repercusión directa sobre la economía, el nivel de empleo y los niveles de bienestar de la sociedad, dado que lo que se busca en definitiva es cubrir necesidades básicas insatisfechas y lograr oportunidades de desarrollo local.-

Esto se complementa necesariamente con el compromiso de todos por preservar los recursos naturales y el medio ambiente; por integrar a las instituciones sociales para que se involucren en las decisiones; por definir y priorizar la inversión social, además de un gobierno local¹⁴⁷ que oriente y decida sobre el origen y

¹⁴⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar “Descentralización y planificación”, Colección Estudios de Administración local, Instituto de Estudios de Administración Local- Madrid, 1972. En el recorrido histórico y doctrinario señala que *“El tema de la centralización o descentralización es uno de esos temas constantes en nuestra disciplina, al que todo administrativista debe rendir, en alguna ocasión, tributo de atención y reflexión personal. Desde el gran libro de Alexis de Tocqueville sobre l’Ancien Régime, o los escritos de Cormenin, uno de los autores con más genio y fuerza expresiva de entre los iniciadores del Derecho administrativo, hasta los recientes testimonios del Informe Maud en Inglaterra, el proyecto regional francés de abril del 69 o la anunciada reforma de nuestro Régimen Local, ha pasado exactamente siglo y medio. A lo largo de él nombres como los de Vivien, Aucoc, Hauriou o Berthélemy, Orlando y Santi Romano, Silvela, Posada, Colmeiro, Royo Villanova o Jordana de Pozas han tratado de enfrentarse con este haz de cuestiones que afectan directamente a la estructura del Estado, y que se encierran bajo el título de centralización o descentralización de la acción administrativa”.*

aplicación de los ingresos públicos e incida sobre la reinversión de la renta privada.-

Esta articulación es necesaria en el diseño de las políticas públicas para que se apliquen efectivamente al desarrollo local.

En Argentina, también la realidad municipal muestra una *diversidad notable en la tipología de municipio* que, como apunta Bayona I. Rocamora, requieren ser tenidos en cuenta ante *cualquier nuevo proceso de descentralización* a la hora de evaluar la *“capacidad real para asumir y ejercer eficazmente nuevas funciones”*. Y apunta a dirigirse con los cambios a los municipios grandes y medianos y precisa que *“Esta diversidad de la tipología municipal debería ser, pues, un referente claro de la actuación del legislador, en el sentido de que las medidas a adoptar se hagan siempre dentro de un marco ajustado a la realidad municipal, en el que ha de tener un papel especial el criterio de diversidad y la imaginación necesaria para desarrollar soluciones que permitan suplir los déficit de gestión inherentes a los pequeños municipios ..”*¹⁴⁸

Un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo para la Pequeña y Mediana Empresa (Inter-American Development Bank, 2002) analizó la relación positiva entre el nivel de actividad emprendedora y aspectos como: a) el crecimiento económico, b)

¹⁴⁸ BAYONA I. ROCAMORA en Estudiosob cit., Madrid 2004, pág. 251.

el incremento en la productividad y c) el rejuvenecimiento de las redes sociales y productivas locales en las últimas dos décadas. En este punto la incorporación de nuevas firmas a nuevos mercados o a nuevos sectores de actividad facilita identificar cuáles son las industrias en fase de declinación, esto contribuye a mantener una eficiente asignación de recursos en aquellas actividades económicas más sensibles a la innovación.-

Desde la visión que estoy planteando debe existir un *Estado Promotor y Presencial* para el desarrollo, particularmente del desarrollo local. Como parte de los procesos de desarrollo, el medio comprende a los emprendimientos locales, mientras que el instrumento abarca el diseño, la implementación y la gestión de políticas orientadas a retroalimentar condiciones para que esos emprendimientos se multipliquen, se consoliden y evolucionen.

No existe una fórmula universal para promover la competitividad de la pequeña empresa, pero sí criterios orientadores de política que los gobiernos descentralizados¹⁴⁹ pueden emplear para diseñar sus medidas de fomento al desarrollo económico (en los espacios locales y regionales),

¹⁴⁹ ARIÑO ORTIZ , ob cit. pág. 68 *“toda descentralización administrativa es la traslación real de una parte del poder del Estado-organización a centros de imputación independientes de aquél; el contenido de esa parte del poder que se transfiere es lo que llamamos «competencias administrativas» (en ningún caso alcanza a la legislación o a la justicia); la transferencia se opera a través de una partición de las competencias (atribución de titularidad, no sólo de un ejercicio) entre los órganos o entes encuadrados en la organización general del Estado y otros entes distintos de aquél.”*

teniendo en cuenta que las pequeñas empresas tienen mayor oportunidad de fortalecer su nivel de competitividad y desarrollar su potencial innovador desde un anclaje local ya que, por sus características y restricciones naturales, las pequeñas empresas están vinculadas a las características y condiciones de su entorno local inmediato.

Las teorías y el conocimiento de los procesos de desarrollo local eficaces en otros lugares pueden tomarse como punto de partida o experiencias para pensar vías o soluciones alternativas, pero en modo alguno se los debe replicar como formulas infalibles.

Digo esto porque la sola implementación de procesos de desarrollo local, implica o supone cambios importantes sobre las estructuras de funcionamiento vigentes; sobre aspectos económicos (como el ingreso, la satisfacción de necesidades, el trabajo); culturales (la identidad, las costumbres); sociales (la integración, el acceso a la salud, a la educación) y sin duda políticos (la participación en las decisiones públicas, legitimación de representantes, etc.).-

Es decir, el planteo de *lo local*, significa mirar el territorio, no por el tamaño y la división geográfica (barrio, municipio, provincia), sino desde el entorno y en especial desde la historia de relaciones entre los actores y de los temas por los cuales se relacionan; no se trata de crear un escenario, sin duda se trata de

articular un sistema de integración, que partiendo de la conformación tenga en miras las redes de comunicación, la infraestructura de servicios y todo lo que significa pensar en términos de desarrollo y de crecimiento de un espacio local integrado a un sistema.-

Estos actores locales, no son otros que las personas que están *dentro* de ese espacio, de ese territorio y que están ocupados, preocupados y comprometidos y actuando en esos procesos, en este relacionamiento cotidiano que hace a la vida de las personas en tanto individuos sociales ¹⁵⁰ .-

De ahí lo difícil que resulta implementar mecanismos, herramientas o instrumentos para resolver los problemas o necesidades, que no surjan de la voluntad de los propios actores. Cuando esto pasa, es decir cuando las medidas no surgen de la voluntad de los propios actores, son medidas a corto plazo y en general de alcance limitado a la hora de pensar en términos de resultado.

Esto no requiere de grandes *ámbitos o mesas de diálogo*¹⁵¹, donde los promotores y los intelectuales, -y no los propios interesados o actores- buscan identificar los llamados “consensos fundamentales “.-

¹⁵⁰ ..la casa, el barrio, la ciudad, en definitiva, el arraigo.

¹⁵¹ Los nombres son indicativos de rótulos de convocatorias más asociadas a un marketing dirigido que a la real voluntad de búsqueda de consensos.

Consensos que no son otra cosa que listados de propuestas o planteos, de temas de la vida diaria, que no necesitan de una gran actividad académica en su identificación, pero si mucha claridad posterior en su instrumentación legal y en la definición de las estructuras sociales (públicas o privadas), de gestión y de control para llevarlas adelante y ejecutarlas de manera coherente y continua.-

Frases como *“repensar la estructura regional de un país.....”*; *“cambiar la fisonomía de*”, son frases comunicacionales que pueden acompañar desde lo teórico solo cuando la tarea de *“ponerle el nombre a la necesidad”*, ya ha sido hecha y se inicia el camino del diseño de la herramienta idónea para dar respuesta a la necesidad . Es el punto en el que se demanda de verdaderos conocimientos teóricos y académicos a aplicar.-

De modo que hay que ser muy cautos a la hora de definir temas, prioridades o necesidades y en la elección de las alternativas disponibles o posibles para dar respuesta y lograr resultados, y luego en la implementación, estar atentos; escuchar a los actores; más que a los gestores y controladores y practicar la capacidad y adaptabilidad suficientes para corregir el diseño; ajustar las fallas y seguir avanzando en la tarea.-

Mucho se ha teorizado en las últimas décadas, con propuestas innovadoras vinculadas a construir espacios participativos multisectoriales o multiactorales, reportes desde

distintos ámbitos han acompañado estas iniciativas¹⁵². Se trata de conceptos y fórmulas globalizadas, que la “sociedad del conocimiento” transmite a través de las organizaciones públicas y privadas y en definitiva se van percibiendo los procesos de desarrollo a través de esos conceptos que vienen dados como noticias de actualidad a todo aquellos equipos técnicos (en especial públicos), que tiene a su cargo o bien promover esos ámbitos o espacios de diálogo o bien diseñar o implementar políticas públicas.-

Y pasa que se va generando un lenguaje común de expertos en temas de desarrollo con formulas tipo para alcanzar objetivos como el bienestar general; reducir los niveles de pobreza y la exclusión y mejorar la calidad de las instituciones y democracias a veces sin correlato con las reales expectativas de la gente, de “esa gente” que ocupa el territorio local.

Si bien los resultados esperados no coinciden con los alcanzados, sobre todo en lo que se refiere a lograr niveles de equidad distributiva¹⁵³ y compromiso de la gente, el camino del diálogo y de la prédica de participación es no solo correcto sino

¹⁵² Banco Mundial, PNUD, BID, FOSIS de Chile, CONAJU de Perú; ONG y organismos públicos de Argentina, han acompañado con convicción su difusión.

¹⁵³ Viene al caso valorar peculiarmente a la equidad, dado que “el puro silogismo en la aplicación del derecho ha de tomar cada vez más las consecuencias que del mismo resulten frente a los hechos singulares”. V. RIVERO YRSEN, Enrique, y FERNANDO PABLO, Marcos, “Equidad, Derecho Administrativo y Administración Pública en España”, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, p. 129.

necesario, pero también a él hay que hacerle correcciones, retroalimentarlo a partir de los resultados de su aplicación.-

Los procesos no pueden “forzarse”, ni promoverse de forma externa a los actores sociales involucrados en ellos, porque corren el riesgo de ser desvirtuados en su objetivo y real dimensión.-

Tampoco se pueden “formatear”¹⁵⁴ programas ajenos a la realidad local porque seguramente su inserción será nula o efímera.

Identifico el fracaso de algunas experiencias de convocatoria al diálogo en mi país Argentina, con esta realidad: Se promueve la creación de espacios multisectoriales, que no se corresponden ni con las condiciones de vida o sociales; ni con las políticas locales en ejecución; ni con el compromiso individual o el interés de la gente.-

No se convoca a la personas a actuar en positivo para solucionar sus problemas y necesidades reales y cotidianos, se

¹⁵⁴ No utilizo el término en su definición informática. El formato de disco en informática es el proceso de preparación de un disco duro o de un medio externo para el vaciado del sistema de archivos. Sólo lo uso para indicar un *aplicativo sin contenido*, sin correlato con la realidad.

los convoca a “dialogar”, a escuchar opiniones de equipos técnicos sobre como “debería ser” la realidad y no “como es”.-

Un “como es” que sin duda necesita de más acción colectiva y menos diagnóstico teórico y donde seguramente una buena parte de ese catálogo de necesidades sólo necesita ser relevado para darle solución.-

Estos ámbitos fracasan y seguramente frustran a quienes los convocan o participan de ellos, porque sencillamente no dan respuesta a las expectativas o deseos de la gente e incluso de las organizaciones sociales. Muchas veces, el correlato con el asesoramiento puntual o la posible resolución de los temas en términos de tomar una decisión e instrumentarla no se verifica o no lo hace con la inmediatez que la cobertura de la necesidad requiere; y la contracara es que el equipo técnico promotor del evento busca *imponer* un plan estratégico teórico y en apariencia surgido de un ámbito de discusión.-

La Argentina y América Latina en general se han inundado durante muchos años de documentos de trabajo; propuestas de nuevas estructuras organizativas, de planeamientos estratégicos voluminosos; de informes sobre buenas prácticas; de anecdotarios sobre los encuentros de coordinación y diseño en foros en distintos lugares: en lugares pintorescos de la América Latina.

Lo cierto es que ante inquietudes y pedidos de asesoramiento práctico de las personas potencialmente receptoras, destinatarias, beneficiarias o demandantes de políticas públicas, resulta que muy pocos o ninguno está en condiciones en esos ámbitos de aportar *el que hacemos y como seguimos*, en definitiva de dar respuesta al listado de necesidades.

El primer paso para interactuar en estos foros, no sólo desde la teoría, es sin duda desde el compromiso; el compromiso de quienes promueven estos ámbitos de discusión de conocer la realidad del lugar, el que ya por si solo permite inferir, si el equipo técnico está capacitado; luego viene el listado de necesidades prioritarias y de potencialidades a desarrollar en el territorio local; y un paso más es comprometerse con conocer la idiosincrasia del lugar, el rol de los poderes públicos, etc.

Este punto de partida es básico para articular cualquier tema que se analice en el marco de estos eventos, no sólo para aportar el marco teórico en el que serán definidos sino y en especial, para aportar alternativas de solución viables a partir de analizar en conjunto con los actores todas las variables del problema, en busca de la mejor solución desde lo técnico- jurídico y desde lo instrumental , ya que en definitiva las políticas públicas en su diseño y resolución son actos administrativos y participan de esos atributos.

Siempre es posible definir un catálogo de acciones más o menos bien tituladas, lo que no siempre es posible es definir *acciones posibles*, para que ello no ocurra los temas necesitan de una discusión técnico- científica sobre el fondo del planteo (salud; urbanismo, economía; infraestructura etc.), que aporten criterios de solución.

Desde esta visión, los planes o convocatorias participativas o multisectoriales solo serán valiosos si se antepone la necesidad de la gente, si desde la convocatoria se parte con un trabajo de base que reconozca al menos:

- Cuáles son los temas que interesan a la gente y qué información existe sobre ellos.**
- Quiénes del lugar tienen que estar presentes en los distintos niveles de decisión (público y privado), para informar e informarse; (también qué técnicos especializados y qué otras personas idóneas o conocedoras o con experiencia de vida o de gestión en los temas, o sólo con sentido común, deberían ser convocadas).**
- Al identificar las necesidades y a partir de ahí los temas y los problemas, necesariamente la mirada se dirige a las personas, a la gente que enfrenta esos problemas. Preguntarnos sobre su realidad; sobre sus posibilidades; sobre su formación; sobre su información va a permitir una mirada integral para que “se**

incluya”; para que se haga parte del diálogo, para que reconozca que potencialidad tiene de “hacer para cambiar su situación”; para procurar la satisfacción de sus necesidades y también que necesita de los demás para ello.

Desde mi posición, veo que no es *fortalecer estilos de gestión y elaborar procesos de diseño y evaluación participativa e intersectorial*, sino claramente gestionar ¹⁵⁵ y para eso hay que acercarse a la gente desde su lugar.

En línea con ello, advertir sobre el riesgo de importar soluciones gestadas y desarrolladas en otro entorno cultural, lo que lleva a la cautela con la que hay que tratar la técnica del *benchmarking* o la importación de buenas prácticas. Es decir, la reivindicación de la contingencia, que parece que hoy tiene más sentido que nunca, sobre todo cuando es posible obtener una amplia y, a veces, contrastada información de las políticas y actuaciones públicas en numerosas Administraciones del mundo.

La contingencia es un elemento del enfoque sistémico que se puede decir que ha vuelto renovado a través de la *governance*, para entrar de lleno en la complejidad de la gestión administrativa y pública y en la necesidad de singularizar su estudio dentro de categorías generales más amplias.

¹⁵⁵ Este término no es privativo ni de lo público ni de lo privado, es aplicable a cualquier sector de la sociedad, tiene muchos sinónimos en nuestra rica lengua y claras definiciones ,en cualquier diccionario significa ***hacer las diligencias necesarias para resolver un asunto.***

La innovación debe acompañar la idea de que toda política pública tiene un carácter conformador. Se trata así de transformar la sociedad, a sus ciudadanos y sus grupos de una manera innovadora con el fin de mantener la estructuración y equilibrio sociales.

Lo que se busca innovar son las relaciones existentes entre las distintas posiciones de poder¹⁵⁶. Cabe preguntarse si se puede innovar la realidad desde unos supuestos culturales que son los que cimentan las acciones y procesos que queremos cambiar.

¹⁵⁶ En la terminología de BAENA.

CAPITULO SEGUNDO: CONSTITUCIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO

2.1- LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN. UN CAMBIO DE PARADIGMA PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Por influjo de la doctrina alemana (Konrad HESSE¹⁵⁷), llega a España -y ahí luego a la Argentina y a los más variados países- la construcción relativa a la *“fuerza normativa de la Constitución”*. Esta expresión va a hacer referencia a que la Constitución es norma jurídica vinculante, ejecutable incluso ante los tribunales de justicia.

Quizás hoy en día pueda pensarse en el carácter tautológico del sintagma. Empero, esta locución encierra un derrotero evolutivo que es necesario reseñar en su justo quicio histórico.

Al respecto, GARCIA DE ENTERRÍA apunta que *“En Europa esta segunda posguerra vio aparecer, liquidado definitivamente el tema de la titularidad de la soberanía, por el triunfo, ya indiscutido, del principio democrático, el concepto americano de Constitución como pacto social básico que todo pueblo (sin ninguna otra instancia supuestamente colaboradora) se da a sí mismo y que, por ello, viene a erigirse en norma suprema de todo el*

¹⁵⁷ HESSE, Konrad, “Escritos de Derecho Constitucional”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 66 y ss.

ordenamiento que rige ese pueblo. El pacto social básico, que intenta ordenar la vida colectiva, tiene por razón de ese mismo objetivo una ‘enérgica pretensión de vigencia’, para utilizar la expresión de Otto Bachof, que le lleva por fuerza a convertirse en la norma jurídica básica de la sociedad que intenta configurar y articular. Dos factores contribuyen a esta capital transformación: primero, la definitiva desaparición, con el estigma de los totalitarismos derrotados, de cualquier alternativa al principio democrático puro, que pasa a ser ahora el único e indiscutido principio de la organización política, aceptado por todos y soporte, así, de esa concepción basilar de la Constitución como pacto civil universal. Segundo, la consagración definitiva del sistema de justicia constitucional, que, con base en el sistema americano, ha tomado de la reelaboración kelseniana únicamente la concentración de esa jurisdicción llamada a controlar la conformidad de las Leyes con la Constitución, con jurisdicción exclusiva”.¹⁵⁸

En el caso español, puede afirmarse que hasta el texto constitucional de 1978, la Ley era el centro de gravedad de las fuentes del Derecho, dado que prevalecía una concepción “política” respecto de la Constitución¹⁵⁹. Desde 1978 en adelante,

¹⁵⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Problemas del derecho público al comienzo de siglo”, Civitas, Madrid, 2001, p. 104.

¹⁵⁹ Ello acontecía en otras partes también, como puede verse, p. ej., a lo largo de la historia alemana antes y después de la Ley Fundamental de Bonn del año 1949.

por el contrario, la Constitución será “norma de normas”, es decir, adquirirá un neto valor jurídico como cabeza del ordenamiento.

En ninguna parte este aserto está mejor ejemplificado que en el art. 9.1 de la CE: *“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*. Hay muchísimas referencias, por ejemplo, al principio de legalidad y la jerarquía normativa (art.9.2); al “sometimiento pleno” de la Administración Pública “a la ley y al Derecho” (art.103.1); al control jurisdiccional de la “potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa” (art.106.1), que dan vida a la aludida fuerza normativa de la Constitución.

La experiencia institucional latinoamericana viene a prestar, en esta temática, un agudo contraste, desde el momento en que muchas veces no ha sido la carencia o ausencia de normas, sino el exceso de ellas, pero sin vigencia alguna, la causa de recurrentes crisis de la legalidad objetiva.

La conformación de un “derecho de la Constitución”, con fuerza normativa y exigible ante los tribunales, con principios y reglas no disponibles por las partes involucradas en una contienda, representa la culminación del ideario constitucionalista. Dice Torres del Moral que *“desde, al menos, 1789 los países de cultura política más avanzada han aspirado a que todo lo político esté sometido al derecho, han tendido a que toda la vida política (convenciones, prácticas, compromisos,*

*tradiciones, etc.) quede juridificada. El instrumento o documento que realiza dicha operación con las pautas y valores considerados fundamentales en la comunidad política es precisamente la constitución”.*¹⁶⁰

Ocurre que la inserción del Derecho Administrativo en la Constitución Española de 1978, o mejor dicho, la irrupción del Derecho Administrativo Constitucional, ha implicado un cambio de paradigma, en la concepción científica de KUHN, en tanto *“altera el que fuera la referencia anterior de la construcción del Derecho Administrativo, basado en las prerrogativas del poder”.*¹⁶¹

Es decir, en el caso español, habrá una clara y nítida demarcación, *antes y después* de la adopción del texto constitucional de 1978, dadas sus profundas implicaciones para todo el andamiaje del Derecho Administrativo.

De un modo similar al que aconteciera con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en Alemania, el Derecho Constitucional penetrará en España tanto en la actividad administrativa como en la jurisprudencia del contencioso. Ello permite echar mano a la expresión que acuñara el antiguo Presidente del Tribunal Federal alemán, F. WERNER, en el sentido

¹⁶⁰ TORRES DEL MORAL, Antonio, “Estado de Derecho y Democracia de Partidos”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991, p. 139.

¹⁶¹ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “La construcción del concepto del Derecho Administrativo español”, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 439.

de concebir al Derecho Administrativo como “*Derecho constitucional concretizado*”, que ha logrado honda repercusión y difusión.

La reforma constitucional argentina de 1994 procuró hacerse cargo -aunque sea en alguna medida- de este profundo tema. Intentó vigorizar los controles en el artículo 42; consagró a la acción de amparo, en sus vertientes de individual y colectivo, en la nueva norma del artículo 43; creó “órganos extra-poderes” de contralor como la Auditoría General de la Nación; dio jerarquía constitucional a la Defensoría del Pueblo; dotó de autonomía al Ministerio Público.

Una norma que conviene tener presente en este contexto es el novedoso artículo 36, que dispone: “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista por el art.29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, las que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza*”

enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

Otra regla que estimo relevante es la contenida por el art. 75.23, párrafo primero, de la Constitución reformada. Entre las atribuciones del Congreso, se le encomienda: ***“Legislar y promover medidas de acción positiva 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, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*** (El subrayado es mío).

Las medidas de acción positiva, son políticas públicas que hacen operativos los derechos y libertades consagrados constitucionalmente por los que se universalizan los derechos humanos y tienen tutela judicial efectiva, para obtener su protección y efectivización mediante acciones cautelares y de fondo.

2.2 - EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El sintagma *“Estado Social y Democrático de Derecho”* se deriva en España del art. 1.1 de la Constitución de 1978, tomado a su vez de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Al rastrear los antecedentes de la locución, observa JAVIER PÉREZ ROYO que *“el origen de la fórmula es bastante preciso. Arranca del constitucionalismo alemán occidental posterior a la Segunda Guerra Mundial, siendo utilizada por primera vez en las constituciones de algunos Länder (Baden-Württemberg -23.1-, Baviera -3.1-, Bremen -65-, Hamburgo -3.1-) y quedando consolidada con su incorporación a la Ley Fundamental de Bonn, que la emplea en dos momentos singularmente importantes, en el artículo 20.1, al definir a la República Federal de Alemania como un Estado ‘federal, democrático y social’, delimitando con ello lo que la doctrina de aquel país define como principios estructurales del sistema constitucional, y en el artículo 28, en el que al precisar uno de los principios básicos del Estado federal, cual es el de la necesaria correspondencia entre el orden constitucional de los Estados miembros y el de la Federación, afirma que ‘el orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social’”*.¹⁶²

¹⁶² PEREZ ROYO, Javier, “Curso de Derecho Constitucional”, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2005, p. 186.

Claro está que, remotamente, el concepto se relaciona con aquella fórmula del “Estado de Derecho” que los iuspublicistas alemanes habían creado en la tercera década del S.XIX. En su elaboración clásica, el *Rechstaat* -por oposición al *Polizeistaat*, al Estado de arbitrariedad- implica la sumisión del Estado al ordenamiento jurídico por él creado. Es una auto-sujeción, o auto-limitación, o auto-restricción, del poder público, a los mandatos de la legalidad objetiva.

Señala BIDART CAMPOS: “La expresión ‘Estado de Derecho’, acuñada por von Möhl en 1832, está ligada a la teoría de la autolimitación. El precepto legal que vincula al Estado ya no es un derecho a priori o trascendente al Estado...sino un derecho creado por el mismo Estado; pero puesto que lo que caracteriza al Estado es constituir un poder originario, no derivado de ningún otro, es claro que sus limitaciones no pueden ser más que autolimitaciones. El Estado no tiene limitaciones fuera de sí mismo”.¹⁶³

Empero, en esta concepción, para nada interesaba el *contenido material* de esa legalidad. De este modo, el concepto se revelaba completamente formalista, desprendiéndose de cualquier consideración de índole sustantiva.

¹⁶³ BIDART CAMPOS, Germán, “Derecho Político”, Aguilar, Buenos Aires, 1962, p. 270.

Por cierto que aún dentro de esta concepción formal, hubo fases y evoluciones. En una etapa ulterior a la primigenia consignada “supra”, ya no se trataba de “*limitar al poder político en su expresión más genuina, sino de extender el control jurídico a la esfera de la acción diaria de la Administración Pública. Lo específico del Estado de Derecho en este período es la lucha contra las ‘inmunidades del poder’ (García de Enterría), es decir, la lucha por extender el Estado de Derecho de tal suerte que albergue también dentro de su radio de protección a los ciudadanos frente a la actividad administrativa. En este sentido será característica la definición del Estado de Derecho en este período como el ‘Estado de Derecho Administrativo bien ordenado (Otto Mayer)’”.¹⁶⁴*

Fue en las primeras décadas del siglo XX , también en Alemania, cuando emerge en la Teoría del Estado - en particular, en Hermann Heller- la temática del Estado Social, que será el primero de los términos de la locución que aquí estamos examinando, y que se adicionará a la que veníamos examinando de “Estado de Derecho”.

El Estado Social fue concebido por los alemanes como el Estado que se responsabiliza por la “*procura existencial*” (*Deseinvorsorge*), concepto debido, como se sabe, a FORSTHOFF. MANUEL GARCÍA PELAYO sintetiza de este modo el pensamiento

¹⁶⁴ PEREZ ROYO, Javier, “Curso...”, cit., p. 189. Énfasis agregado.

de este último autor: ***“El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia a las que Forsthoff designa como espacio vital. Dentro de este espacio, es decir, de este ámbito o condición de existencia, hay que distinguir, de un lado, el espacio vital dominado, o sea, aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo o, lo que es igual, el espacio sobre el que ejerce señorío (que no tiene que coincidir necesariamente con la propiedad) y, de otro lado, el espacio vital efectivo constituido por aquel ámbito en el que el individuo realiza tácticamente su existencia y constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío. Así, por ejemplo, el pozo de la casa o de la aldea, la bestia de carga, el cultivo de su parcela por el campesino o la distribución de los muebles en la propia vivienda, pertenecen al espacio vital dominado; el servicio público de aguas, los sistemas de tráfico o de telecomunicación, la ordenación urbanística, etc., pertenecen al espacio vital efectivo”***.¹⁶⁵

Como puede constatarse fácilmente, el paraguas del Estado Social amplía notablemente la “agenda” de las políticas públicas, y exige que ellas sean coordinadas y articuladas en pos del “interés general”, bienestar general o bien común público. Así, ha

¹⁶⁵ GARCIA PELAYO, Manuel, “Las transformaciones...”, cit., ps.27/28.

dicho el Tribunal Constitucional español en la célebre sentencia núm.18/1984, en su fundamento jurídico tercero: *“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 armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una calificación legal sobre su naturaleza jurídica”*.

Pero, además de los motes de “social” y “de Derecho”, el Estado propugnado por el constituyente español de 1978 debe ser “democrático”, lo cual conlleva implicaciones adicionales importantes.

En efecto, el sintagma aludido por el art.1.1 se revela como una fórmula compleja y acumulativa, al decir de PÉREZ ROYO. Consigna este constitucionalista que *“lo determinante...para el concepto de Estado de Derecho es la legitimación democrática del poder. Sin hacer realidad el principio de que ‘todo poder procede del pueblo’ no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho. Estado de Derecho y Estado Democrático se convierten, pues...en términos idénticos. Un Estado que no sea democrático es, por definición, un Estado que no es de Derecho, independientemente de que mantengan algunos de los elementos*

del Estado de Derecho característicos de los momentos anteriores”.¹⁶⁶

El carácter de democrático procede del hecho que “la perspectiva iluminista del interés público heredada de la Revolución Francesa y que ayudó a la consolidación de la entonces clase social a cuyo cargo se puso 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 statu quo, debe estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública”¹⁶⁷.

Debe quedar en claro, como síntesis, que “aunque cada uno de los calificativos que C.E. 1.1 aplica al Estado constituido tiene su propia singularidad, su reunión en una misma expresión pone de relieve su carácter unitario, en el que cada uno de sus elementos está condicionado por los otros, de tal manera que su contenido no puede determinarse por la simple yuxtaposición de sus partes, sino que es el resultado de su integración. Es decir, el núcleo del concepto del Estado Social y Democrático de Derecho se sitúa en aquel espacio común donde sus tres componentes se interpenetran y se potencian. No se trata, por tanto, de un Estado

¹⁶⁶ PEREZ ROYO, Javier, “Curso...”, cit., p. 190.

¹⁶⁷ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, “Un nuevo Derecho Administrativo”, cit., p.1.

de Derecho modulado por el principio social o por el principio democrático, sino de un Estado que de manera simultánea es de Derecho, Social y Democrático. Excluye, por consiguiente, aquellas variantes que menoscaben cualquiera de los tres principios".¹⁶⁸

Es de destacar que la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho conllevó el cambio de paradigma en el Derecho Administrativo; esa evolución fue *“particularmente notoria en España, que ha pasado en diez años de un régimen de Estado legal, con un importante ‘nivel de juridicidad’ en la Administración, a un Estado constitucional de Derecho con un sistema de garantía de la constitucionalidad y los derechos fundamentales y libertades públicas”*¹⁶⁹, a la luz de los artículos 1.1., 10, 53.1, 103 y 106, C.E.

Dentro de la cuadratura del Estado Social y Democrático de Derecho, hallamos al “Estado vigilante”¹⁷⁰. En efecto, hoy en día la Administración Pública despliega una serie de actividades de inspección en diversos frentes, en donde hay que conjugar, como siempre acontece en el derecho administrativo, las necesidades públicas a satisfacer (seguridad, salud pública, derechos del

¹⁶⁸ MOLES, Isidre, “Derecho Constitucional”, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46. El subrayado es mío.

¹⁶⁹ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “La construcción...”, ob.cit., p. 444.

¹⁷⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “El Estado vigilante: Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración”, Tecnos, Madrid, 1999.

consumidor, medio ambiente) con las garantías propias de los administrados.

Sin embargo, en la experiencia latinoamericana y en otras latitudes, advertimos muchas veces que existen áreas exentas de control, verdaderos “agujeros jurídicos negros” a los que Diego Valadés denomina “Estado intangible”, que vendría a configurar así la contra-cara del “Estado vigilante”.

En efecto, explica VALADÉS, sobre todo refiriéndose a los procesos de ajuste estructural en América Latina, que *“la supresión del Estado de bienestar puede convertirse en una nueva y sutil forma de arbitrariedad que, esa sí, afecta la naturaleza normativa de la Constitución...El desmantelamiento del Estado ha puesto en práctica una estrategia amplia: desmantelamiento burocrático (disminución de oficinas y empleados públicos); desmantelamiento regulatorio (disminución del aparato normativo por una doble vía: menos normas y menos procesos sociales normados); desmantelamiento económico (disminución de la participación en la actividad económica por una triple vía: transferencia de las empresas públicas, sujeción a las leyes del mercado en lo interno y en lo externo, y automatización de la banca central); y desmantelamiento del sistema representativo*

(erosión de las instituciones por desprestigio; manipulación de la opinión pública; reducción de las áreas de acción legislativa”.¹⁷¹

De este modo, se produce una sustancial reducción del espacio público, quedando una serie de actividades fuera de la normatividad estatal. En su versión extrema, puede decirse que ***“el Estado se rige por normas jurídicas, y el Estado intangible por normas morales”***¹⁷².

Ese fenómeno ya había sido captado por la doctrina, en los países desarrollados, cuando se creaban empresas públicas y de ese modo, se tornaba inaplicable las normas y procedimientos propios del Derecho Administrativo. Se conceptuó a ese proceso como de ***“huida del Derecho Administrativo”*** (p.ej., Borrajo Iniesta; Del Saz y otros tantos) que vino a replicarse en América Latina con motivo de las políticas privatizadoras y desregulatorias de los años noventa.

Pero también habría un proceso de vuelta al derecho administrativo, sobre todo del talante del Derecho Administrativo Constitucional, que lo hace aparecer como directamente vinculado con el servicio al interés general y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona.

¹⁷¹ VALADES, Diego, “El control...”, cit., p. 106.

¹⁷² Ibidem, p. 107.

De todas maneras, la pauta del Estado Social y Democrático de Derecho -expresada con tanta nitidez en la Constitución española de 1978- puede reputársela implícita en la Constitución argentina reformada en 1994.

Es que, como orientación general, puede considerarse que se ha consagrado en la Constitución Argentina de 1994, lo que Carlos Nino¹⁷³ denominó concepción "liberal -igualitaria", que encuentra su encaje en el Estado social, caracterizado por un compromiso activo del Estado con el bienestar de los ciudadanos.

Los individuos no quedan abandonados a su propia suerte, sino que desde este punto de vista el Estado, además de crear el marco adecuado para el libre ejercicio de los derechos individuales y de castigar todas las violaciones de esos derechos, está obligado a proveer a sus titulares de las condiciones necesarias para su ejercicio y a obligar a los particulares a contribuir con tal provisión. Los derechos económicos y sociales ocupan un lugar central en esta concepción de los derechos humanos desde la óptica del constituyente argentino.

¹⁷³ NINO, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*. Paidós, Buenos Aires, 1984. Cap. 7, ps.187-224

2.3 - EL DERECHO PÚBLICO COMO SISTEMA DE PRINCIPIOS JURÍDICOS COORDINADOS

La función específica que constituye la razón de ser de los poderes públicos no se rige por el Derecho Administrativo, sino por reglas del Derecho constitucional o parlamentario, o por las normas orgánicas propias de cada uno de dichos poderes, pues en ellos, el Estado no actúa normalmente como Administración Pública -esto es, como sujeto de derecho-, sino como creador de derecho o garante del mismo.

La Administración es, sujeto de Derecho, un destinatario de las normas; pero en cierto modo es también un órgano creador del Derecho y un aplicador ejecutivo que ostenta poderes materialmente análogos a los de los legisladores y los jueces.

La perspectiva integrativa del derecho¹⁷⁴, la expresa el Dr. Pedro David diciendo que *“... el ordenamiento jurídico, dado que no es un catalogo abstracto de casos contemplados por el legislador, sino que es una estructura totalizadora de normas que expresan valores, debe armonizarse con la situación fáctica de cada tiempo histórico”*.

El poder reglamentario mediante el cual la Administración interpreta y completa las leyes; el poder de autotutela, en sus dos

¹⁷⁴ Como expresa Claudia B. Moscato de Santamaría en su art. incorporado en pág. 787 del Libro Homenaje al Prof. Dr. Pedro DAVID en *“Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI”* Ed. Depalma, 2001.-

vertientes de autotutela declarativa (presunción de validez de los actos administrativos) y autotutela ejecutiva, o privilegio de decisión ejecutoria (la fuerza ejecutiva del acto administrativo), otorgan una protección directa e inmediata de las actuaciones de la Administración.

Los particulares que crean afectados sus derechos deben aceptar la decisión previa, y si no están conformes, recurrir en posición de demandantes y desposeídos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (de ahí su carácter revisor).

Por ello hay que entender que, cuando el artículo 106 CE, de forma más general, establece que *“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que los justifican”*, se está refiriendo precisamente a la norma administrativa y a los Tribunales Contencioso-Administrativos.

Los principios de legalidad (entendida como vinculación positiva, de habilitación de la actuación administrativa,); de prohibición de la arbitrariedad (común a la actuación de todos los poderes públicos según el art. 9.3 CE), de objetividad, mérito y capacidad (art. 23 CE), imparcialidad (art. 103 CE), igualdad (arts. 14 y 23 CE), y la actuación a través de procedimientos (art. 105.3 CE), todos rigen, de forma inexcusable, la actividad de la Administración de cualquier tipo que sea, y su cumplimiento se garantiza por los Tribunales Contencioso-Administrativos, a

quienes se atribuye por el artículo 106 el control de la legalidad de la actuación administrativa; de toda ella, y su sometimiento a los fines que la justifican, es decir, a los intereses generales.

La Obra de V. E. Orlando de 1865 ¹⁷⁵- relata el prólogo- , representó el eco en Italia de lo que él mismo calificó como “*de rebelión de los juristas en el campo del Derecho público*” que se había manifestado en Alemania, en el sentido de reivindicar el carácter jurídico de su ciencia, liberándola de todas las incrustaciones que habían alterado, e incluso oprimido profundamente, los rasgos característicos de una ciencia jurídica.

La preocupación se centró en plantear, desde un aspecto rigurosamente científico, un conjunto de *conceptos fundamentales dogmáticos, de principios jurídicos ciertos, firmes, coordinados en un sistema* que les dé recíproca concatenación lógica Orlando estaba persuadido de que la necesaria reconstrucción del Derecho público en Italia debía arrancar precisamente «del aspecto metódico y sistemático».

C. F. Von Gerber, su primer traductor, explicaba cómo, para Orlando, la ciencia del Derecho público debía ser, como la del Derecho privado, sólo un sistema de principios jurídicos coordinados. La “*construcción jurídica*”, constituía la premisa

¹⁷⁵ Orlando .V.E. Principios de Derecho Administrativo, Traducción de ALVARO RODRIGUEZ BEREIJO *Profesor Agregado de la Universidad Autónoma de Madrid*. Colección Clásicos de la Administración Serie AI No. 5 Primera edición: Diciembre 1978. Instituto Nacional de Administración Pública.

básica de la ciencia del Derecho. De las normas, es decir del derecho positivo de un determinado país, mediante un proceso de abstracción y generalización se deducen los *principios jurídicos* informadores de aquellas normas. Reconstruir los institutos en que se unen aquellos principios, coordinar los institutos en un *sistema*.¹⁷⁶

Recorriendo el concepto de Derecho Administrativo, en la Obra de Orlando, expone que un criterio de definición consta de dos elementos distintos y que así los encontramos en las definiciones de Block y de Laferriere. *Dice el primero: «El Derecho Administrativo es aquella parte del derecho que regula las relaciones de los ciudadanos con los servicios públicos y de los servicios públicos entre sí»* Y Laferriere: *«El Derecho Administrativo tiene dos objetos, uno concierne al derecho y al mecanismo de los servicios públicos, una organización interna y especial; el otro concierne a las relaciones de la administración*

¹⁷⁶ Recordemos que, conquistada la unidad política de Italia en 1870 los juristas italianos del Derecho público, estaban comprometidos en participar activamente en la tarea política de creación y fortalecimiento de las bases ideológicas del Estado nacional unitario. *«Nosotros -escribía Orlando en 1889- no debemos ocuparnos de un Estado óptimo, sino de un Estado existente, no de la soberanía de una idea, sino de la soberanía de los poderes constituidos, no de los derechos del hombre, sino de la tutela jurídica de la esfera individual, donde la libertad no se concibe ya como mera potencialidad, sino como actividad efectiva.»*

con los ciudadanos para la ejecución de las leyes y de los derechos»¹⁷⁷

Entiende con acierto el autor que desde el punto de vista formal, para las normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del poder ejecutivo para la realización de los fines de utilidad pública, y con ello que la idea de «servicio público» tiene sentido riguroso y preciso es necesario considerar como elemento base de la definición, la idea de «relaciones entre los ciudadanos y el Estado» que es común al estudio de esta disciplinas y también es común al Derecho Constitucional, del que toda una parte importantísima, es decir la llamada teoría de las libertades, tiene por contenido precisamente las relaciones entre los ciudadanos y el Estado .

Es más, este autor sostiene que hay un límite donde esta materia deja de pertenecer al Derecho Constitucional para entrar en el campo del Derecho Administrativo, pero que es precisamente la incertidumbre en torno a este límite lo que hace inoportuno adoptar aquel concepto como criterio fundamental de una definición.

¹⁷⁷ Cita en su Obra *Dictionnaire de l' Academie*, voz *Droit administratif*. y LAFERRIERE, *Droit publique adminislratif*, s.a ed., p. 378.

Yendo a la esencia, aquellos dos conceptos contienen también una parte de verdad, pero no son suficientes para la completa comprensión de todo el contenido de la ciencia. El servicio público, es uno de los fines que se propone la administración, pero no es únicamente en este fin en el que se concreta la ciencia.

Hemos señalado ya que el Estado desarrolla su actividad para la consecución de sus fines, de ello se deriva que la determinación de estos fines, el desarrollo de esta actividad, la ordenación de estos medios esté presidida por un conjunto de principios jurídicos. Sistematizar esos principios, es lo que determinó el surgimiento del concepto del *Derecho Administrativo*.

Decía Orlando que una observación elemental y muy simple nos revela que al Estado le está asignado un fin principalísimo, el mismo fin al que se debe la génesis lógica y quizás también histórica del propio Estado: *El concepto de hombre sociable*, es decir el que para la satisfacción de sus múltiples necesidades debe ponerse en relación con los demás hombres, da lugar a la noción de sociedad, que precisamente supone la convivencia humana como medio indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas.

Pero esta convivencia no sería posible si no se observasen una serie de condiciones indispensables que presiden las

distintas relaciones sociales y que son tan indefinidas como indefinidas son las relaciones sociales, y se interrogaba: *¿Sería posible la convivencia social si no reinase la seguridad, que la vida, la integridad personal de cada uno de los asociados será respetada, que estará protegida de la violencia física derivada de la razón del más fuerte?*

De forma tal que toda relación social está regulada por una norma jurídica; y así en la sociedad surge e impera el derecho; y así en la propia sociedad, en cuanto se considera como organizada al fin de la declaración y defensa del derecho, surge la noción de Estado.¹⁷⁸

Además de este primer fin del Estado, que tiende al mantenimiento del derecho entre los asociados, la observación más elemental del funcionamiento de los Estados revela que éstos se proponen otros fines de diversa naturaleza y despliegan una actividad bien distinta de la que nosotros hemos llamado jurídica: Cuando vemos que el Estado realiza actos para promover y mejorar la agricultura o las industrias, abrir o subvencionar

¹⁷⁸ De esta forma resume el presupuesto de esta ciencia, porque de él surge la demostración de aquel primer fin que se propone el Estado, es decir, la tutela del derecho entre los asociados. Y surge también la demostración de aquel segundo principio, esto es, que este fin es *necesario*, es decir, que, si no fuese aplicado, desaparecería la existencia del Estado. Lo cual está demostrado no sólo por una vía puramente lógica, esto es que siendo el Estado constituido para tal fin, dejaría de existir si aquel fin no fuese alcanzado. Todos aquellos institutos jurídicos por medio de los cuales el Estado tiende a la actuación de aquel fin, son institutos no sólo de derecho público, sino de Derecho Administrativo.

nuevas salidas al comercio, construir y conservar caminos, autopistas – carreteras en general - y vías ferroviarias, crear o regular bancas, fomentar los ahorros y hacerse depositario de ellos, implementa políticas orientadas a los grupos sociales más necesitados, etc., en todos estos casos ciertamente no podrá decirse que el Estado mantiene el derecho entre los asociados, ni que el orden jurídico sería perturbado el día en que el Estado renunciase a la consecución de aquellos fines para abandonarlos a la libre iniciativa de los particulares. Aquí el Estado interviene en las relaciones sociales no ya para regularlas jurídicamente, sino más bien porque cree que ello conviene más a éstas, y para promover el bienestar, la riqueza, la cultura del pueblo, el equilibrio y la paz entre las clases sociales. Esta otra actividad que desarrolla el Estado , por complementación a la actividad jurídica, Orlando la denomina *actividad social*.

El objeto de nuestro trabajo es profundizar de qué manera y con qué criterios el Derecho Administrativo, como ciencia de la actividad del Estado, estudia y resuelve esta segunda forma en que se distingue dicha actividad, teniendo en cuenta que la administración se organiza para la actuación de los múltiples fines del Estado.

Indagaremos también en que para realizar estos fines, el Estado transmite el encargo a algunas personas físicas, las cuales, en cuanto están revestidas de una función pública, son *funcionarios públicos*; y puede definirse el *oficio público* como el

conjunto de encargos que el Estado confía a una persona física a fin de cumplir una función que corresponde al propio Estado, con *fin público*, esto es en el interés, jurídico o social, de la sociedad.

*Y es allí donde, “la objetividad de la Administración en el servicio de los intereses generales supone, en primer lugar, la aplicación objetiva, imparcial y estricta de la ley. Mas como el interés general no resulta siempre totalmente determinado en la ley, sino que ésta se remite en ocasiones a la Administración, surgiendo entonces la discrecionalidad administrativa, la concreción final en estos supuestos de lo que sea el interés general ha de hacerse bajo la dirección última del Gobierno”.*¹⁷⁹

La actividad del Estado, entendida de esta forma abarca dos grandes dimensiones: 1.- Cuidar y proveer a las necesidades *internas* del Estado; 2.- Procurar los *medios* con que alcanzar los fines superiores.

Como los fines que el Estado debe alcanzar pueden depender o del concepto de *tutela jurídica*, - o *mantenimiento del orden público* - o del concepto de *injerencia social*, donde la necesidad de contar con *medios económicos* imponen organizar la llamada Hacienda pública, como sistema de obtención y aplicación de recursos económicos.

¹⁷⁹ MAGIDE HERRERO, Mariano, Límites Constitucionales de las Administraciones Independientes – Pág. 256 - INAP 2000

Independientemente del fin que el Estado se proponga alcanzar, su actividad está subordinada a ciertas condiciones generales. Y estas condiciones tienen su fundamento en los derechos de soberanía de que está investido el Estado y en virtud de los cuales ejerce autoridad sobre las personas y sobre las cosas sometidas al imperio del propio Estado.

En la esfera del Derecho Administrativo el tema de la declaración de voluntad por parte del Estado, se considera como condición de su actividad.

Es decir entonces que declarar o regular el derecho como norma imperativa, es la forma de declaración de la voluntad del Estado que acompaña a su actividad.

En este sentido, si bien el estudio de la naturaleza jurídica de la «potestad reglamentaria» en contraposición al acto legislativo, es tema del Derecho Constitucional, es materia de Derecho Administrativo la cuestión de las diversas formas que puede adoptar la potestad reglamentaria.

En el sistema Constitucional Argentino, como indica el Dr. Cassagne ¹⁸⁰, *“la cuestión se plantea principalmente en orden a la existencia o no de zonas de reserva de la ley o del reglamento, dado que por principio, en materia de ejercicio de la función*

¹⁸⁰ En “El principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad Administrativa” – MARCIAL PONS – Buenos Aires- Madrid - Barcelona 2009, pág. 145.

jurisdiccional, inclusive para la revisión de actos del poder Ejecutivo, nuestra constitución ha adoptado el sistema judicialista (arts 109, 116 y 117)”.

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo interesa establecer esta primera y general verdad, a saber que el Estado, para la consecución de sus fines, declara su voluntad, y esta voluntad, al derivarse del derecho de imperio, debe ser *obedecida*. Pero mientras que el mandato legislativo, entendido en sentido propio, contiene necesariamente una norma general e imperativa de modo incondicionado para todos los ciudadanos, el mandato del Estado que sirve para realizar los fines de la administración pública, tiene efectos distintos según sus formas y contenido.

El reglamento emanado de la autoridad que contiene una norma general, a diferencia de la *ley* (vista como la declaración de un principio jurídico), se limita a regular la manera en que y como se aplica un principio de derecho.

El sentido característico del reglamento, que emana del Poder Ejecutivo, es el de declarar la voluntad del Estado.

De esta forma¹⁸¹, además de las leyes en sentido propio, se ha formado una categoría de leyes en sentido impropio, es decir que son tales por la forma y no por el contenido, y estas leyes impropias han venido a invadir el campo de atribuciones del poder

¹⁸¹ Como expresara el Dr. Hector MASNATTA, como constituyente de la reforma de 1994.

ejecutivo, así, a través de un procedimiento inverso, el reglamento ha ido completando el ordenamiento jurídico establecido por una ley y en consecuencia conteniendo disposiciones cuyo contenido es eminentemente legislativo. Esto acontece, o en el caso de delegación del poder legislativo (art. 76 C.A.), o en el caso de urgencia extraordinaria que haga necesaria una disposición para la que no haya tiempo de reunir el Parlamento (art. 99 inc. 3 C.A.)

Y en ese marco un límite general que se refiere a la potestad reglamentaria (que el derecho italiano llama «diritto d'ordinanza» en su sentido más amplio, es que la orden debe ser conforme a la ley. La legalidad de la orden puede depender tanto de la razón de competencia de quien la dicta como de las formas con que está dictada: cuando concurren una u otra condición, la orden podrá ser *injusta*, pero es *legal*.

Lo expresado nos lleva a reflexionar que en el derecho público contra la ilegalidad de la orden debe existir un *remedio jurídico*. Así si se considera objetivamente la ilegalidad del acto, este remedio consiste en el derecho y deber del juez a negarle la aplicación en los casos concretos.

Si la ilegalidad se considera desde el punto de vista del sujeto que la ha cometido, es decir como infracción de los deberes que incumben al funcionario, protege el remedio de la responsabilidad del propio funcionario.

La Administración es, al decir de Ramón Parada¹⁸², un sujeto de Derecho, un destinatario de las normas; pero en cierto modo es también un órgano creador del Derecho y un aplicador ejecutivo que ostenta poderes materialmente análogos a los de los legisladores y los jueces.

En este sentido, las administraciones públicas están vinculadas al principio de legalidad en términos más estrictos que los ciudadanos. Mientras éstos pueden hacer todo lo que la Ley no prohíbe (vinculación negativa), la Administración sólo puede hacer aquello que la Ley le permite (vinculación positiva)¹⁸³. Asimismo, su actuación tiene la servidumbre de sujetarse a procedimientos formales y trámites rigurosos que tienden a asegurar la legalidad, imparcialidad e igualdad de trato entre los ciudadanos.

Y uno de los problemas al que se enfrenta el Derecho de las Administraciones Públicas es el de la búsqueda del equilibrio (aunque siempre inestable), entre los intereses públicos y los derechos de los ciudadanos. *Ese equilibrio se rompe cuando*

¹⁸² Ramón PARADA “ Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo “ Marcial Pons ed. 2008

¹⁸³ En la explicación a la mecánica del principio de legalidad, pág. 355 y sgtes, en *Legislación Delegada* ob cit Civitas 1998, el Dr. GARCIA DE ENTERRÍA, plantea la disidencia doctrinaria y las tesis sobre la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico, desarrollando la tendencia que se inclina a negar la existencia de un tipo único de vinculación legal de la Administración, que son, en definitiva, posiciones vinculadas a la distinción entre poderes reglados y discrecionales.

únicamente se toman en consideración los derechos de los ciudadanos y se dejan al margen las garantías jurídicas orientadas a satisfacer los intereses generales, que es para lo que sirven las Administraciones Públicas (artículo 103.1 de la Constitución).¹⁸⁴

Cuando el art. 103 de la CE, después de sentar los principios a que ha de ajustarse la Administración (objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación) termina diciendo que ha de actuar “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”, se está refiriendo justamente a su Derecho propio, al derecho administrativo.

En igual sentido el artículo 153.c) de la CE, menciona expresamente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a la que remite el control de la administración de las Comunidades Autónomas y sus normas reglamentarias. Se trata de una referencia precisa a este orden jurisdiccional, que resulta así constitucionalizado.

De forma más general, el art.106 CE, establece que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los

¹⁸⁴ BLANQUER David, Ponencia Especial: La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones – INAP- MADRID 1997- pág. 124 y para hacer efectiva esa ponderación, es importante adoptar medidas que eviten que las Administraciones Públicas hagan un uso desviado o abusivo en la admisión del trámite en el procedimiento administrativo en el que se examinan las reclamaciones.

finés que los justifican”, refiriéndose precisamente a la norma administrativa y a los Tribunales Contencioso-Administrativos.

Es de señalar que la actividad administrativa se ejerce sobre una serie de principios connaturales al régimen jurídico-administrativo y que sólo ese régimen y los procedimientos que comporta es capaz de garantizar.

Todos estos principios rigen, de forma inexcusable, la actividad de la Administración de cualquier tipo que sea, incluso la actividad instrumental o logística en la que se sitúa la contractual y el régimen del personal, y su cumplimiento se garantiza por los Tribunales Contencioso-Administrativos, a quienes se atribuye por el artículo 106 CE el control de la legalidad de la actuación administrativa; pero de toda ella, y su sometimiento a los fines que la justifican, es decir, a los intereses generales. Es así, pues, como el Derecho administrativo y su Jurisdicción propia, la Contencioso-Administrativa, se convierten en únicos e imprescindibles garantes de los derechos e intereses legítimos de los particulares y de los intereses generales.

Y en definitiva, como señala Magide Herrero, es un órgano responsable políticamente ante los ciudadanos el responsable último de la determinación del interés general en el espacio no definido por la ley. La discrecionalidad supone la penetración de lo político en lo jurídico-administrativo, *mas esto no debe escandalizar* toda vez que *“El pleno sometimiento de la*

Administración a la ley y al Derecho proclamado por nuestra Constitución (art. 103.1 CE) no exige la exclusión de toda actividad política de la Administración, pues lo propio de nuestro Estado de Derecho no es el aumento de la actividad jurídica a costa de la política, sino el desarrollo de lo político en el Derecho “.¹⁸⁵

Los doctrinarios argentinos , Jorge Sarmiento García y Javier Urrutigoity , al referirse a las cuestiones políticas y los actos de gobierno , que en nuestro régimen , son los actos políticos del Presidente , repasan el origen y evolución de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y referencian la teoría del “acto institucional” en la forma concebida por el Dr. Miguel Marienhoff , quién clasifica a los actos en : Actos Administrativos o de la Administración ; Actos políticos o de gobierno y actos institucionales, vinculándose los primeros al funcionamiento normal del Estado , en tanto el acto institucional, tiene la trascendencia de vincularse a la propia organización y “subsistencia” del Estado.

Considera Marienhoff que estos actos, en razón de no afectar derechos subjetivos de los administrados, no pueden dar lugar a impugnación y los excluye inicialmente del control judicial, luego el planteo comienza a diluirse a poco de considerar que los derechos subjetivos de los administrados pueden verse afectados directa o inmediateamente a raíz de *actos emitidos como*

¹⁸⁵ MAGIDE HERRERO, Límites Constitucionales... cit. INAP 2000 Pág. 258.

consecuencia de los actos institucionales, a resultas de lo cual ,si bien el acto institucional en sí mismo no es enjuiciable, si lo son aquellos distados en su consecuencia , cuando afectan derechos de los administrados . Es entonces cuando para controlar el efecto (acto dictado como consecuencia del acto institucional) hay que controlar la causa (el acto institucional) .Por tanto deja de estar eximido, el acto institucional, del principio de revisión judicial.

2.4 - LA RAZÓN DE SER DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO COMÚN DE LA ADMINISTRACIÓN

Cada disciplina jurídica, al estar vertebrada sobre determinados principios, postulados y enunciados liminares, tiene su peculiar impronta, su “razón de ser” que la justifica y legitima como rama autónoma dentro del concierto del saber del Derecho.

Los autores han enfatizado la singularidad del Derecho Administrativo. Ella estará dada por la presencia de *privilegios*, pero también de un adecuado marco *de garantías*.

De comienzo, el derecho administrativo es “exorbitante” del derecho común. Al decir de la doctrina, la Administración Pública “*asume el servicio objetivo de los intereses generales, de acuerdo*

***con el principio de eficacia (art.103.1)¹⁸⁶ de la Constitución” y “dispone para ello de un elenco de potestades exorbitantes del Derecho común, de un cuadro de poderes de actuación de los que no disfrutan los sujetos privados”.*¹⁸⁷**

La potestad discrecional no es para la administración lo que la autonomía de la voluntad es para los particulares. Al decir de Manuel Francisco CLAVERO AREVALO¹⁸⁸ , ***“Es axioma del Estado de Derecho, que toda actividad administrativa, sea discrecional o reglada, ha de tener por base más o menos directa un texto legal. De esta manera la potestad discrecional, no supone ausencia de ley, sino precisamente, ley que la consagra “.***

Y citando a Ballbé, Clavero Arévalo, reflexiona en dicho artículo: ***“El Derecho Administrativo, concebido tantas veces como un Derecho Especial , tiene que olvidarse de tales concepciones y configurarse como lo que es, como el Derecho***

¹⁸⁶ PAREJO ALFONSO en “ La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública “en DA 218-219-abril septiembre 1989n, pág. 15-65 , expresa que: ” El mandato constitucional a la Administración pública de servir los intereses generales (art.103.1 CE) se enmarca dentro de uno de los principios informadores de la actuación administrativa entre los cuales se encuentra la eficacia.“

¹⁸⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “Curso...”, cit., p. 51.

¹⁸⁸ CLAVERO AREVALO, Manuel Francisco, *La Doctrina de los Principios Generales del Derecho.* pag.51 y sgtes. Revista de la Administración Pública Año III-Nro.7-enero- abril 1952.Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

Común de la Administración pública y por tanto, no limitarse a recibir conceptos fabricados por el Derecho común Privado “.

Para entender al Derecho Administrativo en su recta ubicación, hay que pensar en su conformación como Derecho común y normal, ya que, como bien indica el mismo CLAVERO AREVALO, “la función administrativa del Estado o de los entes públicos, ni es una anomalía transitoria ni mucho menos supervivencia caduca de otros tiempos...Por otra, los principios que orientan... al Derecho Administrativo tienen indiscutiblemente ese valor organizador general que caracteriza a todo el Ordenamiento normal cuya fuerza expansiva autoriza al juez a solucionar jurídicamente problemas no previstos expresamente por el legislador... No se opone para nada el carácter normal que predicamos del Derecho administrativo la existencia en el seno de éste de ciertas normas de indudable carácter excepcional”¹⁸⁹.

Y es así que la configuración del Derecho Administrativo como Derecho normal “encuentra su total desarrollo en los casos de imperfección o laguna de la legislación administrativa”, lo cual indujo al autor citado a “demostrar cómo técnica y teóricamente el Ordenamiento administrativo es susceptible de la aplicación de la

¹⁸⁹ CLAVERO AREVALO, Manuel, “Consecuencias de la concepción del derecho administrativo como Ordenamiento común y normal”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, noviembre de 1952, ps. 7-8.

analogía y de los principios generales del Derecho¹⁹⁰, en línea con lo que ya había postulado¹⁹¹.

Como señala RIVERO¹⁹² las leyes administrativas van a nacer sin plan preconcebido a medida que los Gobiernos van juzgando las necesarias para organizar determinados servicios públicos y, por ello, son esencialmente pragmáticas, limitándose a describir el mecanismo administrativo cuya creación parece necesaria o un procedimiento imprescindible para la acción administrativa.

Dentro de la doctrina argentina, y desde un talante también material u objetivo, JUAN CARLOS CASSAGNE preconiza que ***“de todas las características que la doctrina clásica atribuye al ‘régimen administrativo’ la que, sin lugar a dudas, determina su configuración autónoma y, por ende, la del derecho administrativo como derecho común de la Administración (no especial ni excepcional), es la existencia de un sistema de prerrogativas de poder público que influyen también, correlativamente, en un aumento de las garantías del administrado, a efectos de mantener un justo equilibrio entre ambas”***.¹⁹³

¹⁹⁰ CLAVERO AREVALO, Manuel, “Consecuencias de...”, art. cit., p. 9.

¹⁹¹ CLAVERO AREVALO, Manuel, “La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del Ordenamiento administrativo”, en Revista de Administración Pública, Enero-Abril de 1952, p. 51 y ss.

¹⁹² RIVERO: “Los principios generales del derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo”, RAP 5, 1951.

¹⁹³ CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, tomo I, cit., p. 90.

Similarmente, se ha expresado que *“el derecho administrativo, tal como hoy lo conocemos, es, más allá de las circunstancias histórico-políticas a las que aparece asociado su nacimiento, un modo de dar respuesta justa a la tensión entre el interés público y el interés privado”*¹⁹⁴, más allá de la dificultad de ese arbitraje, como bien lo marcase PROSPER WEIL.¹⁹⁵

El Derecho Administrativo español, en la feliz noción de FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, se nos presenta como *“el Derecho del poder para la libertad”*¹⁹⁶, que en su lograda expresión logra captar el sentido de la disciplina en el marco constitucional. Es que, se ha observado que *“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 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*

¹⁹⁴ COMADIRA, Julio “Elementos de Derecho Administrativo”, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 3.

¹⁹⁵ WEIL, Prosper, “Derecho Administrativo”, Civitas, Madrid, 1986, p. 51.

¹⁹⁶ GONZALEZ NAVARRO, Francisco, “Derecho Administrativo Español”, Tomo I, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 122.

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 Administrativo¹⁹⁷.

Es que se impone ***“replantear, por ejemplo, la autotutela y la ejecutividad desde el principio democrático, del servicio al interés general, del deber administrativo de proteger y garantizar los derechos ciudadanos, así como del derecho a la participación. Por tanto, el Derecho Administrativo no puede explicarse exclusivamente desde la personalidad jurídica, las potestades, privilegios y prerrogativas de la Administración”***.¹⁹⁸

Hay un nuevo paradigma, que es el Derecho Administrativo Constitucional. ALLI ARANGUREN asevera: ***“Desde la visión jurídico-formal, es el Ordenamiento el que califica a un sujeto como Administración y atribuye a una actividad un régimen jurídico específico de privilegios y cargas. Desde la visión objetiva o funcional, es la actividad administrativa la que permite al sujeto***

¹⁹⁷ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, “Un nuevo Derecho Administrativo”, en “El Derecho”, Buenos Aires, 21 de mayo de 2008, p.3.

¹⁹⁸ Énfasis agregado. ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “La construcción...”, ob.cit., p. 438.

Administración utilizar las potestades públicas exorbitantes del Derecho común. En cualquier caso, sirviendo con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, garantizando los valores superiores del Ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y la paz social.¹⁹⁹

En una orientación más precisa, y como se consignó “supra”, la corriente alemana (F. WERNER) postula al Derecho Administrativo como “*Derecho Constitucional concretizado*”.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha adoptado como canon interpretativo la noción de “*régimen exorbitante*”, a la luz de los pronunciamientos publicados en su colección de “Fallos”, tomos 316, p. 2454, especialmente considerando noveno, y 298, p. 172, en especial considerando séptimo. Esta toma de posición del más Alto Tribunal argentino tiene relevancia hermenéutica, dentro de la debida importancia -es decir, dentro de sus justos límites- que cabe asignar a la jurisprudencia en materia de derecho público²⁰⁰.

¹⁹⁹ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “La construcción...”, ob.cit., p. 449.

²⁰⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público. Reconsideración de las sentencias como fuente del derecho”, en “Revista de Administración Pública” número 157, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero/Abril de 2002, en especial ps. 116/7. Del mismo autor, y sobre esta trascendente cuestión relativa a la cotización de la fuente jurisprudencial, RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Derecho Administrativo Económico”, Cuarta edición, Marcial Pons, 2007, Madrid, p. 74.

En el contexto jurídico español, asume capital trascendencia y significación el enunciado normativo contenido por el artículo 103.1 de la Constitución de 1978, que reza: ***“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”***.

De este modo, hallamos que “el servicio objetivo de la Administración pública a los intereses generales es su razón de ser, como recoge el artículo 103.1 de la Constitución española. El concepto jurídico *interés público/interés general* forma parte de los conceptos jurídicos indeterminados”.²⁰¹

Resulta evidente la dificultad de encontrar adecuados marcos definicionales a la expresión “interés general”²⁰². Lo mismo ha acontecido, v. gr., en el derecho público argentino, con la locución “bienestar general”, cuya promoción está ordenada como manda en el Preámbulo de la Constitución histórica de 1853.

²⁰¹ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “Derecho Administrativo y Globalización”, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 179.

²⁰² En la literatura española el planteamiento de la noción de interés público como problema jurídico se debe a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en su estudio sobre *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, RAP (38), 1962, pp. 159 y ss. y posteriormente en *Curso de Derecho Administrativo* (publicado con Tomás Ramón FERNÁNDEZ), 2.ª edición, Tomo I, Madrid, 1975, pp. 273 y ss.

De todos modos, el hecho de que se *adquiriese jerarquía y rango constitucional* a estas coordenadas de la actividad administrativa, es un hecho auspicioso en sí. Algunas elaboraciones del período pre-democrático tuvieron incidencia en la fragua del texto del artículo 103.1 CE, dando marco a la inorganicidad que había caracterizado al franquismo. Se pasó así de un “Estado administrativo” a un “Estado constitucional de Derecho”. Dice al respecto HERRERO DE MIÑÓN: *“Sin la jurisprudencia, la doctrina legal del Consejo de Estado y las meritorias elaboraciones teóricas, especialmente las jurídico-administrativas, de las décadas anteriores no se explicarían la literalidad y la eficacia de preceptos tales como los arts. 1.1, 9.3, 33, 103 o 106, entre otros, de la Constitución. La reacción antiautoritaria fue posible, en sus aspectos más positivos, merced a lo que había germinado y crecido durante la misma vigencia del autoritarismo”*.²⁰³

De allí que para abordar, estudiar y analizar la principiología del derecho administrativo en España, haya que escudriñar primeramente la matriz del Estado Social y Democrático de

²⁰³ HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, “La dinámica de una Constitución abierta, en AA.VV., “Veinte años después. La Constitución cara al siglo XXI”, Taurus, Madrid, 1998, p. 75. Énfasis agregado. Este proceso también es referido en relación a la Ley de la Jurisdicción de 1956 y sus implicaciones ya en la época democrática española en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Democracia, Jueces y Control de la Administración”, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p.60 y ss.

Derecho que viene instaurado por el art. 1.1 del texto fundamental de 1978.

Análogamente, la reforma constitucional argentina de 1994 vino a robustecer el rol del Estado en su gerencia del bien común, dejando de ser el “Estado ausente” que se venía evidenciando, como se señaló “supra” en la legislación y en la realidad desde el año 1990. Lamentablemente, en el caso argentino, se produjo una dicotomía, a lo largo de esa década y hasta la crisis del año 2001, entre esa normativa que siguió vigente, y el programa constitucional.²⁰⁴

Nótese que, aún desde una técnica constitucional no demasiado prolija como es la de incrustar disposiciones orgánicas en la parte de los derechos fundamentales, o a la inversa (prueba más acabada de ello es el importantísimo artículo 75.22 de la Constitución argentina, sobre lo que volveremos “infra”), es el artículo 42, agregado por la misma reforma del año 1994.

²⁰⁴ Ocurrió lo que SANTAMARÍA PASTOR, *La administración como poder regulador*, en Estudios ob. cit. tan claramente expresa “*la emisión masiva de normas conlleva una sustancial pérdida de racionalidad intrínseca: la premura de su redacción impide programar con la debida reflexión y contrastar adecuadamente las prescripciones justas y ponderadas que cada norma debe contener*” pág. 388. Se introdujo, como el mismo autor señala (en su aporte a la Reforma de las Instituciones en España, ob cit, pág. 401) *inseguridad jurídica en el ordenamiento, por la forma fragmentaria y desordenada en que se ofrecen la multiplicidad de innovaciones normativas.*

Esa norma concretamente establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información²⁰⁵ adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”²⁰⁶.

Nótese que la regla descrita contiene dos referencias puntuales, una a la eficiencia de los servicios públicos, y otra a la eficacia de los controles, sobre lo que se volverá luego.

²⁰⁵ Fernando SÁINZ MORENO, pág. 172 *Estudios para la reforma* recomienda, “que esta información, además de ser veraz, tenga la extensión y la intensidad adecuadas para que se cumpla el principio de igualdad y todos los ciudadanos tengan fácil acceso a ella”.

²⁰⁶ El subrayado me pertenece.

Pero queda en claro, en la teleología de la norma bajo examen, la importancia del “Estado regulador”, que debe desplegar un conjunto de políticas públicas fin de lograr los objetivos fijados por el poder constituyente derivado en 1994.

No puede decirse que haya habido antinomia o contradicción entre lo previsto en 1853 (con las reformas agregadas en 1860, 1866, 1898 y 1957), y lo dispuesto en 1994, que viene a “aggiornar” y a actualizar los viejos contenidos constitucionales, especificando directivas puntuales en ciertas áreas antes no tocadas por la regulación de la Constitución.

De todas maneras, es útil recordar la gráfica expresión que indica que “el derecho administrativo es el derecho procesal del derecho constitucional”. Las pautas básicas y cimeras del obrar administrativo, tanto en el caso argentino de modo implícito como en España de forma explícita, deben ser halladas en el texto de la norma constitucional.

En el planteo del Dres. Rivero Yrsen y Fernando Pablo²⁰⁷ , acerca de que el derecho administrativo se ha ido construyendo como un derecho de equidad sostienen, citando a la doctrina francesa, que es la equidad la que permite al derecho administrativo *negociar sus transformaciones* y para que ello ocurra, el derecho administrativo debe retornar a sus fuentes y

²⁰⁷ Enrique RIVERO YRSEN y Marcos Fernando PABLO -Equidad, Derecho Administrativo y Administración Pública – Andavira Editora Santiago de Compostela - 2011, pág. 152.

seguir al legislador en la formulación de nuevos derechos públicos subjetivos, haciendo corresponder “el resultado práctico de su aplicación, con las necesidades de las *personas en singular*”.

De esa forma el ordenamiento administrativo da seguridad jurídica, enmarcando la realidad en el Derecho buscando optimizar la satisfacción de necesidades y universalizar los derechos de todos los ciudadanos.

2.5 - RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es que, en la actualidad, uno de los principios generales más importantes que brinda sentido a todo el actuar administrativo está dado por el respeto a los derechos fundamentales.

Resulta necesario recordar que la Constitución Española de 1978, al igual que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y de la Constitución Colombiana de 1991, diferencia a los “derechos fundamentales” de otras situaciones jurídicas subjetivas. Como sea, el emplazamiento de éstos en un lugar central del ordenamiento, unido a la fuerza normativa de la Constitución que ya he analizado “supra” y en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho también ya reseñado, va a dar al Derecho Administrativo español una singular impronta.

Dentro del cambio de paradigma referido “supra”, que da paso y cabida al Derecho Administrativo Constitucional, ocupa un lugar central y destacado el tema de los derechos fundamentales, puesto que ***“en el Estado constitucional de Derecho, máxime en su versión social y democrática, basado y construido sobre los derechos fundamentales de las personas, personas y derechos son los elementos sustanciales e irreductibles debidamente garantizados en su contenido esencial”***²⁰⁸.

GARCIA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ apuntan que: ***“En concreto, el ‘valor superior’ de la libertad no es un simple enunciado abstracto, sino que se desarrolla a lo largo de todo el Título I, que especifica la tabla de los derechos fundamentales, ‘fundamentos del orden político y de la paz social’ (art.10.1), que, como tales, ‘vinculan a todos los poderes públicos’ (art.53.1) y, por tanto, a jueces y Tribunales.”***²⁰⁹

Precisan los citados autores: ***“El carácter básico, dentro de la economía de la construcción constitucional, del principio de la libertad y de su expresión concreta en el catálogo de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciado en ese capítulo segundo, sección 1ª del título I, se hace patente en dos regulaciones claves: la extensión a dicho catálogo de derechos de***

²⁰⁸ Subrayado mío. ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “La construcción...”, ob. cit., p. 443.

²⁰⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, tomo I, cit., ps. 102/103.

***la protección reforzada del Tribunal Constitucional, ‘intérprete supremo de la Constitución’ (art.1º. LOTC), mediante el instrumento del recurso de amparo (arts. 53.2 y 161.1.b)), lo que subraya que en la intención del constituyente cualquier problema atañente a los derechos fundamentales, por singular que sea, pone en cuestión el sistema constitucional entero; y la consideración de cualquier revisión del texto constitucional por mínima que sea, de dichos artículos 15 a 30, así como del Título Preliminar, como una revisión de los fundamentos mismos de la Constitución, y en ese sentido equiparada a una revisión total o cambio de la misma, por diferencia de lo que es una simple reforma de su texto (arts.167 y 168). Así, pues, los derechos fundamentales enunciados en los artículos 15 a 30 no sólo tienen el rango supremo constitucional, sino aún el rango reforzado dentro de la Constitución misma que les destaca de todo el resto de ésta... Constituyen por ello ‘la esencia misma del régimen constitucional’... No hay en el ordenamiento principio alguno que pueda anteponerse a éste; domina, pues, a todos y no puede ser subordinado por alguno”.*²¹⁰**

Para el intérprete de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y

²¹⁰ Ibidem, tomo II, cit., ps. 55/56. Énfasis no original.

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) (STC de 14 de julio de 1981)”. Análogamente, dijo que “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” (STC de 17 de mayo de 1983). En suma, y como ya se vio, “constituyen la esencia misma del régimen constitucional” e integran la definición del Estado social y democrático de Derecho (STC 34/86 de 21 de febrero).

La centralidad en el ordenamiento jurídico español de los derechos fundamentales no es un dato menor o irrelevante para el Derecho Administrativo, sino que asume total y capital importancia, máxime en el contexto de lo que se expresará “infra” en materia del principio de eficacia, ya que, la obtención del resultado deseado de la política pública estará en directa relación con la satisfacción de los mentados derechos fundamentales.

Es que *“como ‘los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico como de cada una de las ramas que la integran’ (STC 53/85, de 11 de abril), el Derecho Administrativo está condicionado por los derechos fundamentales hasta el punto de que la actividad*

administrativa en su conjunto debe orientarse prioritariamente a la realización efectiva de los derechos fundamentales".²¹¹

En similar tónica, se ha expresado que resulta “relevante señalar que lo determinante de la existencia del derecho administrativo es precisamente la función de servicio a las necesidades públicas. Intereses generales que, en el Estado social y democrático de Derecho, se definen en un diálogo permanente entre Administración Pública y agentes sociales. Además, no se puede olvidar que afortunadamente, hoy los intereses generales se vinculan a la promoción de los derechos fundamentales de las personas. Aquí radica, en mi opinión, la tarea de regular el poder para la libertad en que consiste el derecho administrativo. Y, por ello, la Administración Pública, al menos desde la posición que defiende desde hace tiempo, debe hacer posible la libertad y la igualdad de las personas y grupos en que se integran –art. 9.2, CE–, y debe tener presente que los derechos fundamentales de la persona son fundamento del orden político y la paz social –art. 10.1, CE–.”²¹²

La jerga jurídica argentina no está acostumbrada a la expresión “derechos fundamentales”, puesto que no es la que usa

²¹¹ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “Derecho Administrativo y Globalización”, cit., ps. 184/185, subrayado mío.

²¹² RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, “El Derecho Administrativo, la Unión Europea y los derechos fundamentales”, en “El Derecho” Administrativo, Buenos Aires, 31 de marzo de 2008, p. 1 y ss.

la Constitución como en el caso español, alemán o colombiano. Sin embargo, a partir de la reforma de 1994, ha entrado con fuerza en nuestro derecho público la locución “*derechos humanos*”, con la ventaja que atraparía bajo su manto no sólo a los derechos civiles y políticos, sino también a los sociales (artículo 14 bis) y a los llamados de “tercera generación” como los del medio ambiente (art.41) y los que nacen de la relación de consumo (art.42), expresamente agregados con la revisión constitucional referida.

Pero, sin dudas, ha sido la elevación a rango constitucional de una serie de documentos que provienen del derecho internacional de los derechos humanos, consagrados como se verá “infra” en el importantísimo art.75.22 C.N., la que le ha dado una especial “coloración” a la reforma, haciéndola parte del “paradigma de los derechos humanos” de modo explícito y notable.

Al discurrir sobre lo que él denomina “paradigma protectorio”, el actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia argentina expresó en sede doctrinaria que: *“Su principio estructurante es la protección de la persona. El jurista que adopta esta visión está dispuesto a buscar la igualdad y por lo tanto a intervenir en todo tipo de relaciones, prioriza los resultados sobre las formas, y criterios de justicia material (invoca con frecuencia fundamentos sociológicos y económicos). En el Derecho Público, se manifiesta en los derechos humanos, que son regulados en*

tratados y constituciones. En el Derecho Privado surge de una evolución de principios en favor del deudor, favor debilis, en favor del consumidor, y luego en favor del individuo particular. La generalización hace que se pase de una visión bilateral a una estructural, que toma en cuenta la posición del individuo en el mercado”.²¹³

Queda en claro que en muchas opciones, el constituyente de 1994 eligió la canasta de principios, reglas y valores que hacen a la esencia de ese paradigma tuitivo o protectorio, como se ve, por ejemplo, al haber remozado las garantías (amparo, hábeas corpus y hábeas data) o al haber consagrado organismos de control como la Defensoría del Pueblo o la Auditoría General de la Nación.

La síntesis que condensa el pensamiento constitucional de 1994 fue captada por BIDART CAMPOS del siguiente modo: ***“Liberalismo, pero en solidaridad social; personalismo humanista; democracia social; libertad ‘para’ e igualdad de oportunidades, de trato y de posibilidades; y todo cuanto sea capaz de dar acrecentamiento a los derechos y las garantías, al desarrollo humano, a la calidad de vida y al bienestar general. Para ello -lo***

²¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis, “Teoría de la Decisión Judicial (Fundamentos de Derecho)”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires y Santa Fe, 2006, p. 463. Desde 2003, la Corte Suprema argentina ha adoptado al derecho internacional de los derechos humanos como técnica de legitimación social. Conf. CARNOTA, Walter F., “Judicial Globalization: How the International Law of Human Rights Changed the Argentine Supreme Court”, en JACKSON, Donald W.; TOLLEY, Michael C., y VOLCANSEK, Mary L., “Globalizing Justice”, State University of New York Press, Albany, 2010, p. 255.

diremos axiomáticamente- hace falta que un orden socioeconómico a tenor de la constitución haga su aporte mediante la gestoría, la presencia activa del estado y las medidas de acción positiva que -apelando a políticas sociales conducentes- remuevan impedimentos y obstáculos, en especial en favor de los menos favorecidos”.²¹⁴

2.6 - LA «JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA»

La ciencia de la administración está conformada por el conjunto de principios y doctrinas que determinan las relaciones entre el Estado y los particulares. Su objeto de estudio son las personas y las cosas en cuanto se orientan al bien público; con un fin de utilidad común, y teniendo como medios de actuación los poderes encargados de poner en ejecución las leyes.

Es desde la ciencia administrativa, desde donde analizamos la manera de proveer a las *necesidades públicas* materiales o morales, presentes o futuras, tanto las relativas a la conservación del hombre, como las que importan a su perfección y mejora.

La ciencia administrativa se nutre de las verdades absolutas y reglas de aplicación universal a los pueblos, que derivan de la filosofía, de la moral, de la jurisprudencia, del derecho público, de

²¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán J, “Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad”, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 273.

la historia, de la economía política, de la estadística, de la medicina y de un sinnúmero de ramas de saberes humanos.

La doctrina busca por un lado desentrañar los medios más eficaces para fomentar el bien común y por otro, analizar la forma en que debe organizarse el poder administrativo para lograr aplicar esos medios para obtener los resultados esperables.

La organización del poder administrativo descansa en los principios siguientes:

1º. QUE ADMINISTRACIÓN E INSTITUCIONES POLÍTICAS, funcionen como anverso y reverso de la organización porque si la Constitución ordena, distribuye y modera los poderes del estado, todo cambio que experimente la organización impacta sobre el poder administrativo, o poder ejecutivo , por cuanto es el encargado de aplicar las leyes de interés común.

2º. QUE LA ADMINISTRACIÓN SEA ESENCIALMENTE ACTIVA, porque el poder legislativo delibera y la administración ejecuta.

3º. QUE LA ADMINISTRACIÓN SEA INDEPENDIENTE, porque aún cuando esté subordinada al poder legislativo, que es el encargado de señalar las reglas de su acción y competencia, una vez establecidas, debe tener libertad para aplicarlas con potestad discrecional. La justicia tampoco debe entrometerse en los asuntos propios de la administración, así como ésta debe respetar los fueros de aquélla, pues cada uno entiende y conoce de

negocios distintos, y el orden constitucional descansa en la mutua independencia de los poderes del estado.

4º. QUE LA ADMINISTRACIÓN SEA RESPONSABLE, para que su libre acción no derive en exceso o abuso de autoridad, y arbitrariedad respecto de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Primero deben tomarse en cuenta las instituciones políticas, porque la forma de Gobierno imprime formas análogas a los centros de actividad local; de suerte que la imagen de la Constitución del Estado se refleja en la organización de la provincia y del municipio. Cuando el espíritu dominante en el Gobierno tiende a otorgar y fortalecer las libertades generales, las libertades provinciales y municipales, subsisten y se conservan en paralelo.

Las leyes administrativas verifican los principios de la ciencia dictando preceptos de equidad, estableciendo reglas de orden, confiriendo derechos e imponiendo obligaciones.

El Derecho Administrativo será, pues, aquella parte del derecho público que regula la acción y competencia de las autoridades encargadas de ejecutar las leyes de interés común y determina las relaciones del Estado con sus miembros, o los derechos y deberes recíprocos de la administración y los administrados.

El derecho administrativo difiere del político, en que éste ordena y distribuye los poderes constitucionales, modera su acción, señala su competencia, declara los derechos y fija los deberes del ciudadano. El derecho político establece los fundamentos de la administración.

Difiere del derecho civil por razón de su objeto, de su fin y de sus medios, porque las leyes comunes versan sobre materias de interés privado y las administrativas miran al interés público: el fin de aquéllas es procurar el bien general como resultado del particular, y el de éstas promover el bien particular a la sombra del general; y por último, los medios de aplicar las primeras consisten en confiar el depósito de la ley a una magistratura independiente e inamovible, mientras que la administración se encomienda a una jerarquía de autoridades amovibles y responsables.

Cuatro son las fuentes del derecho administrativo, a saber: la ley, la costumbre, los reglamentos y la jurisprudencia.

I. LA LEY, porque ordena y establece reglas, determina los derechos civiles y políticos, decreta las cargas, autoriza los gastos, organiza la fuerza pública, y en fin, ejerce un imperio soberano en todo cuanto abarcan los intereses sociales, materiales o morales, exteriores o domésticos, individuales o colectivos.

II. LA COSTUMBRE, porque tiene fuerza de derecho escrito en virtud del consentimiento tácito o expreso del legislador, y aún puede prevalecer contra la ley misma.

III. LOS REGLAMENTOS o disposiciones secundarias emanadas del Gobierno o sus delegados conforme a la Constitución y a las leyes, porque es la administración quien explica, acomoda y ejecuta los preceptos del legislador según los tiempos y las circunstancias.

IV. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA, o sea las decisiones de las autoridades y tribunales revestidos con jurisdicción administrativa, fundadas en precedentes bien observados y definidos, de cuyo examen se derivan reglas y principios de recta interpretación consagradas por la autoridad competente y la solemnidad de las formas.

Tres cosas deben considerarse en el estudio del derecho administrativo: el **SUJETO**, el **OBJETO** y el **RESULTADO**.

El **SUJETO** de la administración o la administración subjetiva, estudia el número, distribución y atribuciones de las diferentes autoridades a quienes compete la ejecución de las leyes de interés común, y es el instrumento de la acción administrativa.

El **OBJETO** o la administración objetiva declara las personas y las cosas en que recae o debe recaer el ejercicio de la potestad administrativa, las cuales forman la materia de su acción.

El **RESULTADO** es el producto de la acción de administrar, o sea el **ACTO** administrativo.

Todo sistema administrativo debe contener una adecuada división territorial o la distribución de la esfera común de la administración en tantas esferas particulares, cuantas sean necesarias para repartir los cuidados del Gobierno y ejercer una vigilancia y seguimiento de todos los servicios.

La jurisdicción administrativa es el complemento necesario de la acción, porque la facultad de conocer y sentenciar los asuntos contenciosos de este orden significa el derecho de explicar los actos propios de la administración, de remover los obstáculos a su observancia y procurar su cumplimiento.

Para el cumplimiento de los múltiples fines que le competen, es preciso que la administración dicte normas abstractas y organice los servicios públicos. En este simple hecho, la libertad de los particulares no corre ningún peligro y verdaderamente ésta es una esfera en la que el poder ejecutivo tiene plena independencia y autonomía. Pero cuando estas normas abstractas entran en ejecución y cumplimiento puede acontecer que perjudiquen al particular: usamos esta expresión amplia que puede comprender tanto la lesión de un derecho como la de un simple interés.

Cuando el ciudadano pretenda quejarse de este daño y pedir su reparación, en relación a este hecho se origina primariamente la idea de una jurisdicción administrativa.

Este criterio, especialmente propio de la escuela italiana, que distingue la acción administrativa de la jurisdicción, solamente nos parece preferible con relación a la existencia o no de una reclamación. La teoría que distinguía la acción de la jurisdicción, considerando a la primera como el hecho de la ejecución de la ley y a la otra como la aplicación de la ley a casos particulares²¹⁵, ha sido justamente refutada porque se ha dicho que “los administradores usan el mismo poder” y «*Cual sea el concepto de la pura acción y de la jurisdicción administrativa, y cuales sean los límites precisos que separan a una de la otra, es uno de los problemas más arduos del derecho administrativo, sobre el que discrepan las opiniones de la doctrina. Algunos piensan que existe pura y simple acción administrativa, cuando los administradores ordenan y ponen en ejecución general las leyes y los reglamentos; y que hay jurisdicción cuando hacen aplicación de las leyes a los casos particulares.*»²¹⁶

Para el derecho público, la autonomía interna de la autoridad del Estado se traduce y se afirma en la unidad de jurisdicción. Por motivos de conveniencia podrá y deberá subdividirse el ejercicio

²¹⁵ DE GIOANNIS, Gianquinto, Corso di diritto Pubblico Amministrativo, Firenze, 1881, vol. III, pp. 531-32. “*Qual è il concetto di azione pura e giurisdizione amministrativa, e indipendentemente dalle precisi confini, che uno separato da un altro, è uno dei problemi più difficili del diritto amministrativo, su cui le opinioni divergono della dottrina. Alcuni pensano che ci sia pura e semplice azione amministrativa, quando gli amministratori ordinato e in genere sono implementati leggi e regolamenti e che non vi è giurisdizione quando si effettua l'applicazione a casi particolari.*”

²¹⁶ DE GIOANNIS, Gianquinto, Corso di ...ob cit

de esta jurisdicción; pero la fuente seguirá siendo única, como única será la actividad de aquél poder del Estado que esté investido de ella. Y si este poder se llama judicial, con esto se ha querido afirmar que la autoridad jurisdiccional en un Estado tiene una figura propia y autónoma que se distingue de cualquier otro poder por la forma de actividad.

La calificación de «administrativa» añadida a «jurisdicción» no tiene ni puede tener otro sentido que el de declaración de una materia especial a la que se aplica la jurisdicción y no como la declaración de un derecho estrictamente comprendido entre los poderes de la administración pública.

La cuestión fundamental es saber de qué modo debe ejercerse esta jurisdicción administrativa para que la libertad de los ciudadanos esté mejor garantizada, sin daño de la buena marcha de la cosa pública.

Aquí es conveniente una primera distinción, según que el ciudadano trate de hacer valer contra la administración un derecho suyo o invoque la tutela de un interés suyo.

Si bien en ambos casos, la acción es consecuencia del derecho, el criterio de distinción está vinculado a la índole del acto administrativo con el que se relaciona. Puede ocurrir que la acción del ciudadano, en sí misma considerada, parezca fundada en un derecho, pero que no pueda encontrar acogida, en cuanto tropieza con una facultad que reside legítimamente en la administración.

El valor del acto administrativo es, en sí, un elemento indispensable para la valoración de la competencia.

El análisis debe entonces centrarse en el acto administrativo *en sí mismo*, y no en relación concreta con la acción que ejerce el ciudadano, fundándola en un *derecho* que considera que ha sido lesionado.

La teoría dominante distingue ante todo los actos de *gobierno* de los actos de *gestión*, según que la administración actúe con la cualidad de tuteladora soberana del orden y del bienestar público o como un sujeto de derechos comunes.

Mientras que para la competencia sobre los actos de gestión no hay ninguna limitación en la jurisdicción del magistrado, respecto a los primeros se distingue la *legitimidad* del *mérito*, una se refiere a la competencia de la autoridad, las condiciones, los límites, las formas con que, por ley, es regulado el acto administrativo; en cambio el *mérito* se refiere al uso de aquellas facultades en el caso concreto.

La falta de legitimidad del acto da lugar a la *incompetencia* o al *exceso de poder*, según que el funcionario careciese por completo de las atribuciones necesarias (incompetencia), o, aún teniéndolas, las excedió o no observó las condiciones y formas (exceso); da lugar al *abuso* cuando, aún concurriendo aquellas

circunstancias, el acto en sí mismo no es oportuno, no es razonable, no es conveniente.

Es decir que es necesario confrontar el valor del acto administrativo con la índole y el alcance del recurso del ciudadano.

Y en ese marco el Juez declara el derecho en los casos concretos: esto es esencial a la naturaleza de su función. Puesto que la expresión del derecho está en la ley, es natural que el magistrado no tenga en cuenta aquellas ordenes de la autoridad administrativa que violan la ley; pero por otra parte la resolución debe limitarse al caso concreto remitido a juicio; toda declaración o anulación general nominalmente estaría en contraposición con el concepto de *iurisdictio*.

Esta apreciación se confirma si se lo analiza desde el punto de vista de la división de poderes. Si bien una cosa es juzgar y otra administrar, que en el marco de los principios generales del derecho público son funciones distintas, la tutela de los intereses privados a que corresponde el juicio sobre el fondo «mérito» intrínseco y el de conveniencia del acto administrativo, requiere sean evaluados con criterio de complementariedad.

2.7- DERECHO ADMINISTRATIVO Y GLOBALIZACIÓN

La globalización es un fenómeno originariamente económico, pero que impacta o tiene su incidencia en el campo jurídico, en especial en el del Derecho Administrativo. Como expresa *Sabino Cassese*²¹⁷, *“los Estados nacionales nacen y se imponen por la fuerza, para luego desarrollarse a través del Derecho, que está llamado a limitarla. En los ordenamientos jurídicos globales, en cambio, el derecho realiza desde el principio una tarea de regulación, y ello sucede precisamente a causa de la ausencia de un poder superior, y por el hecho (tan criticado y criticable) de que a los Estados se les aplique el principio de igualdad*²¹⁸“.

Explica ALLI ARANGUREN: *“Durante los años ochenta del siglo XX se desarrolló una integración progresiva de la economía mundial, con una mayor dependencia económica entre los países por las transacciones de bienes y servicios, por los flujos de capitales y por la difusión de las tecnologías. La productividad mejoró por la mayor división del trabajo y eficiencia de la*

²¹⁷ En *“La Globalización Jurídica”* – Inap y Marcial Pons –Madrid 2006, pág. 24.

²¹⁸ CASSESE ob cit, señala que, planteada en términos absolutos, la cuestión de la igualdad de los Estados resultaría antidemocrática porque algunos de los estados están más superpoblados que otros y desarrolla el tema de la representación.

asignación de los recursos, lo que propició el consumo de productos más baratos, la mayor competencia y la movilización de ahorros e inversiones empresariales. Tanto la creciente movilidad de bienes, servicios, capitales y productos, la internacionalización de las empresas llamadas multinacionales y las corrientes migratorias que proporcionan mano de obra a los mercados, constituyen la denominada globalización o mundialización de la economía. Factores que contribuyeron a esa globalización fueron la innovación tecnológica, fundamentalmente en las comunicaciones y la informática que han superado las barreras físicas y temporales y permiten la información y transmisión de decisiones en tiempo real por todo el planeta".²¹⁹

Tamañas transformaciones económico-financieras influyen decididamente en el marco orgánico-funcional, en el de las competencias y en las normas del Derecho Administrativo.

Puede afirmarse, en este último sentido, que ***“el Derecho de la posmodernidad consagra la heterogeneidad y complejidad del sistema de fuentes creadoras de normas jurídicas de procedencia intra y extra estatal, que impone el pragmatismo, la flexibilidad y la adaptación, con gran influencia del Derecho Administrativo, tanto por su origen estatal, como por el hecho de que dichos nuevos ámbitos afectan, por regla general, a materia administrativa...la***

²¹⁹ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “Globalización y Derecho Administrativo”, cit., ps. 247/248.

globalización y la regionalización implican la interdependencia de los sistemas jurídicos por la internacionalización de las fuentes del Derecho y la homologación y armonización con principios jurídicos y estándares normativos que, en principio, le eran ajenos”.²²⁰

En el caso español, la incidencia de la Unión Europea, y en el argentino, las normas que trajo la reforma constitucional de 1994 plasmadas en los arts. 75.22 y 75.24 son dignos de ser tenidos en cuenta.

La norma incorporada en el artículo 75, inciso 22, que otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales, enriquece el sistema de derechos de la actual Constitución. Esa cláusula refiere a tratados internacionales de derechos humanos *con la misma jerarquía que la propia Constitución Nacional*, en las condiciones allí prefijadas. Por lo demás, *todos los tratados internacionales -sean de derechos humanos o de derecho internacional general- gozan de rango superior a la Ley*, terminando con viejas disputas doctrinales y jurisprudenciales. Por su lado, el art. 75.24 otorga jerarquía supra-legal al derecho comunitario, de superlativa importancia de cara a los procesos de integración como MERCOSUR.

Se diseña así una compleja pirámide jurídica ya que, a la par de la supremacía de la Constitución Argentina enunciada por el

²²⁰ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, Ibidem, ps. 379/380.

tradicional artículo 31, - que sigue al art. 6to 2do párrafo de la Constitución de EEUU , se postula la existencia de normas de análogo linaje oriundas del derecho internacional de los derechos humanos. Tal construcción mereció la denominación por parte de la doctrina, siguiendo a los franceses, de “*bloque federal de constitucionalidad*”, en donde se supone que no hay conflictos ni oposiciones ni contradicciones entre los distintos términos que lo integran, ya que en caso de haber algún desfase, el mismo debe ser resuelto aplicando el principio *pro homine*, que resulta clave para la interpretación de los derechos a favor de la persona humana en clave de optimización y de maximización.

En definitiva, “*lo que se creyó máxima aspiración en el pasado, la sujeción de la administración a la ley y el también necesario sometimiento de la ley a la Constitución, queda así superado por el paso final de la subordinación de todo el derecho interno a un derecho supranacional e internacional*”.²²¹

²²¹ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo” tomo I (Parte General), Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, capítulo III, p. 28.

SEGUNDA PARTE: ESTADO SOCIAL EN DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPITULO TERCERO: LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

3.1- EL INTERÉS PÚBLICO

El concepto de interés público es esencial dentro del ordenamiento jurídico toda vez que la satisfacción del interés público constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

Pero no sólo como fin último de la actividad administrativa, sino también como presupuesto de legalidad de decisiones individuales, las normas jurídicas refiriéndose al interés público emplean expresiones como: "*cuando lo aconseje el interés público...*", o bien "*...salvo que perjudique notoriamente al interés público*". De ahí que determinar en "*qué*" consiste el interés público y "*a quién*" corresponde apreciar lo que en cada caso aconseja o perjudica a ese interés, no es sólo una cuestión

política o filosófica, sino un problema jurídico de gran importancia.²²²

Es necesario entonces delimitar jurídicamente la noción de bien común o de interés público para que sea operativa. En esta tarea intervienen el legislador y la Administración.

La Administración realiza la noción de interés público mediante reglamentos y actos dentro de los fines, alcance y requisitos señalados por la ley.

Cada decisión administrativa fundada en lo que conviene o perjudica al interés público, es una decisión jurídica, esto es, una decisión cuya validez depende de su concordancia con el ordenamiento jurídico.

En los casos en que el legislador se limita a invocar el interés público como presupuesto para la legalidad de la actividad de la Administración, algunos autores sostienen que la Administración tendría la facultad discrecional de elegir entre las soluciones "posibles", todas ellas igualmente válidas desde el punto de vista jurídico, aquella que estimase preferible y adecuada a las exigencias del interés público.

En el ordenamiento jurídico español la noción de "interés público" se utiliza como principio político de la organización estatal y como concepto jurídico de cuya interpretación depende

²²² Luis RECASENS SICHES, *Filosofía del Derecho*, México, 1961, p. 614.

la legalidad de la actuación administrativa. Y la noción de interés público aparece en todas aquellas normas que atribuyen a la Administración un cierto margen de actuación.

De esta forma táctica, cuando el artículo 40 de la Ley Orgánica del Estado atribuye a la Administración la función de realizar los fines del Estado *"en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general"*, no dice que son los intereses generales, esto es, el bien común los que deben inspirar su actuación.

Para desentrañar el contenido que tiene el concepto de interés público, autores como José Antonio GARCÍA-TREVIJANO definen el interés público como *"un concepto standard, móvil, un concepto válvula contingente y que varía en relación con el momento el lugar y las circunstancias de hecho de toda clase"*.²²³

Las respuestas que ensaya la doctrina son:

1) Que el concepto de interés público carece de contenido propio, por lo que su concreción en cada caso no es producto de un juicio, sino de un acto de voluntad.

2) Que la noción de interés público tiene un significado propio con validez general, por lo que en cualquier texto legal que se utilice puede ser entendida en un mismo sentido.

²²³ José Antonio GARCÍA TREVIJANO *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1974, p. 415).

3) Que el interés público es un concepto variable, esto es, un concepto que, aun determinable por medio del razonamiento jurídico, varía de contenido según el contexto en el que se encuentra

La noción de interés público aparece en el Derecho público cumpliendo una triple función: a) es uno de los criterios que inspira la interpretación y aplicación de sus normas; b) es un concepto jurídico que, por su parte, necesita ser interpretado, y c) constituye el núcleo de la discrecionalidad²²⁴ administrativa.

Por eso, la noción de "interés público" puede entenderse como expresión del valor público que en sí mismas tienen ciertas cosas, trataría de una noción objetiva, que designa una cualidad de las cosas, una cualidad cuya existencia no depende de que alguien la estime, o bien como expresión de aquello que interesa al público, como noción subjetiva que vincula a una pluralidad indeterminada de personas.

²²⁴ Mariano MAGIDE HERRERO, en *Limites constitucionales de las Administraciones Independientes* – INAP 2000- pág. 248 y sgtes, plantea a la discrecionalidad como forma de actuación entre el Poder legislativo y la Administración Pública, e intenta demostrar – y así lo expresa- que la discrecionalidad y los conceptos normativos indeterminados constituyen dos formas de esencialmente distintas de articulación y presentan su diferencia en relación al control jurisdiccional. Diferencias que a su criterio se relacionan no con la intensidad del control, sino con los argumentos para justificar ante la jurisdicción, la decisión de Administración, toda vez que la remisión legislativa que supone la discrecionalidad, es la que hace que la Administración contribuya al proceso de determinación del interés general a través de la ponderación.

El valor positivo que refleja el concepto de interés público se vincula con la preeminencia que lo público tiene sobre lo privado, no por ser distinto, sino por ser general. El interés público coincide con el interés común de todos los ciudadanos.

Por ello, la dificultad de hallar la solución justa –en términos de verificar cumplido el interés público-, es lo que obliga a conceder a la Administración un margen de apreciación ("margen de confianza", "amplitud de criterio", en palabras de la Jurisprudencia) dentro de cuyos límites debe admitirse como válida la decisión administrativa.²²⁵

Cuando la decisión discrecional se presenta como claramente irrazonable, arbitraria o mal estudiada, es cuando se considera sobrepasado el límite; para prevenirlo, el legislador exige que esa fundamentación sea especialmente rigurosa (de allí expresiones tales como: "*notorio interés público*"), lo que implica una reducción del margen de apreciación concedido a quien tiene la potestad de decidir.

La esencia de la institución de la discrecionalidad es entonces el interés público. La discrecionalidad existe para que la

²²⁵ Y expone MAGIDE HERRERO ob cit, pág. 255 "*Si la discrecionalidad supone una participación de la Administración pública en la concreción del interés general, es innegable su sustancia política, pues la determinación de cuál sea el interés general de una comunidad es una actividad política por naturaleza. Con ello no se quiere negar su carácter jurídico, pues en la forma actual del Estado de Derecho lo jurídico y lo político no se excluyen: lo político no se desarrolla al margen del Derecho, sino necesariamente en el Derecho.*"

Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión libre de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso.²²⁶

Autores como Magide Herrero, subrayan que la discrecionalidad administrativa puede definirse como la *remisión parcial*, de acuerdo con los *límites constitucionalmente*, que el Poder legislativo hace a la Administración pública para que ésta *contribuya al paulatino proceso de determinación del interés general a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos en presencia*.

Esta remisión legislativa que supone la discrecionalidad implica que la ley no predetermina totalmente la forma en que la Administración ha de realizar dicha ponderación, sino que *le deja un margen relativo de libertad que se puede referir tanto a los intereses que quepa tener en cuenta como a los criterios para realizar una elección ponderada entre ellos*.²²⁷

En ese contexto y como venimos sosteniendo en esta tesis, la decisión discrecional muchas veces contenida en una política pública para atender una situación identificada como

²²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA *La lucha contra las inmunidades del poder*, "Cuadernos Civitas", 1974, p. 40; y *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1975, pp. 273 y ss, y en sentido coincidente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entiende que la discrecionalidad nunca excluye la obligación de realizar una "razonable y objetiva ponderación" de los presupuestos de hecho de la acción administrativa.

²²⁷ MAGIDE HERRERO *ob cit*, pág. 257.

problemática, de criterios que no están incluidos en las normas, lo que conlleva la necesidad de encuadrar la decisión de la Administración con criterios objetivos con base en los principios generales del derecho.

El control por el juez administrativo –control jurisdiccional o jurisdicción administrativa-, de un acto discrecional fundado en la vinculación de la Administración al resultado de la prueba, *no es un control por la vía de los "hechos determinantes"*, esto es, por la vía de la verificación de los hechos que determinan la posibilidad de una actuación administrativa o de aquellos en que se funda expresamente la decisión, ni tampoco –como dice la sentencia²²⁸– *por la vía de la desviación de poder, sino que se realiza por medio del control de la interpretación de las normas y, concretamente, del concepto de "servicio conveniente al interés público"*.

La doctrina jurisprudencial española se expresa en los siguientes enunciados tomados de conceptos y expresiones elaborados por la jurisprudencia:

1. Sostener que la discrecionalidad absoluta entendida como la facultad de tomar una decisión libre, indiferente desde el punto de

²²⁸ La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 1968 (Referencia Aranzadi 2752), en este caso una empresa de transportes había solicitado la adjudicación del servicio público de viajeros entre dos municipios como prolongación de una línea de la que ya era concesionaria. La sentencia anula el acto impugnado por haber sido dictado en base a una "interpretación equivocada de las normas".

vista jurídico, sólo existe en el ámbito de los actos políticos de gobierno.

2. En el Derecho administrativo toda discrecionalidad está sometida a *límites jurídicos*. De un lado, a los llamados elementos reglados de la discrecionalidad y, de otro, a la noción jurídica de interés público.

3. El ejercicio de una potestad discrecional requiere realizar una "*ponderada estimación de la noción de interés público como concepto jurídico indeterminado*".

4. Por tratarse de un concepto jurídico, la noción de interés público requiere para una adecuada interpretación y aplicación de un examen previo "*según las reglas de la sana crítica*", que contemple todos los elementos previos a la toma de decisión.

5. La decisión, en definitiva es el resultado de "*un juicio lógico de estimación*".

6. Es por ello que la decisión discrecional pueda ser enjuiciada judicialmente.

7. El control judicial, se realiza sobre la razonabilidad de la decisión, es decir, sobre su coherencia con los datos y elementos

que conforman los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de base y fundamento.

8. En la práctica, la dificultad de realizar este juicio, esta en los límites materiales y temporales de la decisión jurídica, lo obliga a reconocer a la Administración un cierto margen de confianza en la apreciación de lo que conviene al interés público.

9. El margen de confianza conferido a la Administración , encuentra justificación en la capacidad para obtener y aportar conocimientos y experiencias en que sustenta la resolución de cada caso; y de ella deriva el reconocimiento de la validez jurídica de aquellas decisiones que, razonablemente, puedan fundarse en los motivos expuestos por la Administración.

10. Por el control judicial de las decisiones discrecionales el juez administrativo no sustituye a la Administración en su facultad de decidir sino que corrige los "*procederes ilógicos, abusivos o arbitrarios*".

11. En este sentido, los antecedentes que preceden a la decisión no son técnicamente vinculantes, pero obligan a quien decide a actuar coherentemente con ellos, pues le delimita los márgenes razonables de su decisión.

12. La vinculación de la Administración al resultado de la prueba sobre lo que conviene o perjudica al interés público tiene como consecuencia la desaparición de la discrecionalidad administrativa en aquellos casos en que es posible demostrar que sólo existe una solución correcta o adecuada, la que surge de analizar que una decisión distinta sería realizar un acto ilógico, arbitrario o abusivo.

13. Concebir el interés público como concepto jurídico indeterminado significa, pues, reducir la discrecionalidad administrativa a aquellos supuestos en los que no es factible determinar que exista una única solución correcta. Es en tales supuestos, que el reconocimiento de la discrecionalidad implica dar validez jurídica a la decisión que la Administración tome dentro de las posibles soluciones del problema planteado.

Se sostiene por ello que la concepción del interés público como concepto jurídico indeterminado abre, una vía de acceso a la discrecionalidad administrativa, no para destruirla, sino para someterla a los criterios de la razón y de la justicia.

Lo expuesto es producto, en definitiva, de la idea de que el Derecho administrativo tiene por objetivo esencial enmarcar en términos de justicia la actuación de la Administración. No es un derecho "contra" ni un derecho "de" la Administración. Es, simplemente, derecho. Y como derecho, expresión de una idea de la justicia, no mero instrumento de eficacia; *de la justicia*,

entendida como aquello que la razón dice sobre el orden y la garantía de la mayor libertad y dignidad para cada hombre.

La cuestión crucial, está siempre en la motivación del acto que tiene que poner de manifiesto que la decisión adoptada cuenta con un fundamento objetivo capaz de sostenerla y de suscitar el imprescindible respaldo social que la propia cláusula del Estado democrático reclama ya que, cuando los jueces reclaman ese fundamento objetivo que a veces falta, no sólo están cumpliendo con su deber constitucional de tutelar de forma efectiva los derechos de los ciudadanos, sino que están contribuyendo también a mejorar la administración de la cosa pública y a asegurar la legitimidad de ejercicio de los poderes públicos .²²⁹

La Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados.

²²⁹ Eva Desdentado Daroca, en *El Principio de Interdicción de la Arbitrariedad* , pág. 179 en *Los principios Jurídicos ...ob cit -La Ley- Madrid - 2010*, expresa “La legitimidad de la decisión discrecional administrativa no puede basarse únicamente en la autoridad que la ha adoptado, sino que se encuentra en su efectivo servicio al interés público concreto para el que la potestad se ha conferido a la Administración y en la justificación de que así se ha hecho “”, y citando a Fernando Pablo “La motivación del acto administrativo“, Tecnos, Madrid 1993 pág. 53, señala que “su “auctoritas”, se condiciona a la existencia de un discurso justificativo.”

3.2 - SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Dice de ellos Manuel Rebollo Puig *“Los principios generales del derecho son las ideas directrices de un ordenamiento jurídico, las que inspiran, orientan, relacionan y estructuran sus distintos elementos.”*²³⁰

El tema de los principios generales, máxime cuando se proyectan al derecho administrativo o se gestan en el ámbito de esta disciplina, no puede prescindir del fundamento que preside las relaciones que se enhebran entre los ciudadanos y el Estado. En su problemática cobran trascendencia las distintas fuentes positivas de producción del sistema normativo, así como la justicia material, cuando se procede a integrar los principios generales en la solución del caso mediante un proceso de heterointegración (en el supuesto de carencia histórica de normas).

Las diversas instituciones jurídicas de derecho público de los distintos países y las diferentes circunstancias históricas, sociales, culturales, de los distintos Estados, hace que algunos Principios Generales del Derecho sean comunes, otros se nominen igual, pero que debido a los valores y fines que subyacen en cada ordenamiento jurídico, no tengan aplicación uniforme,

²³⁰ “Los principios generales del derecho” en Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo – Director Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR- La ley Grupo Wolters Kluwer –Año 2010 - pág. 1525.

incluso “subiendo el nivel de abstracción“. Existen específicos principios generales en Argentina, distintos en su vigencia y aplicación que en España, por ejemplo.

*Esto es tan así que Rebollo Puig expresa: "Ni la división de poderes, ni el principio de legalidad administrativa pueden ser entendidos ni aplicados si no es en relación con la finalidad misma del Estado y de la administración y esto a su vez está condicionado y condiciona los valores de que se parte y a cuya realización se aspira y por una cierta, aunque difusa, jerarquía en esos valores."*²³¹

Para captar inicialmente el sentido de lo que constituye un principio general puede acudirse, en una suerte de analogía, al pensamiento de ORTEGA, quien sostiene que existe una conexión entre ideas y creencias que se asemeja a la que hay entre conocimientos y certidumbres. Quien “cree” posee certidumbre - agrega- precisamente porque él no se la ha forjado. Le viene de afuera. Las ideas, en cambio, las adquiere el hombre en contacto consigo mismo y con el mundo, es decir, con la realidad.

En esta visión orteguiana, hay mucho del pensamiento griego de Sócrates y de Platón, en el sentido de que las ideas son algo que el hombre descubre dentro de sí mismo. Recordemos que la filosofía clásica, ponía el acento en el tema “ontológico” (el

²³¹ REBOLLO PUIG ob cit pág. 1526.

conocimiento del “ser”), en tanto que la filosofía contemporánea (desde Descartes hasta Popper, exceptuando a Heidegger que retoma el pensamiento clásico), enfoca el problema en lo gnoseológico (las ideas, el pensamiento, el saber).

Mientras Sócrates se basaba en la persona (el objetivo del filósofo debía ser descubrir la verdad dentro de sí mismo), Platón retoma su pensamiento proyectándolo al saber. En esa proyección al saber se perfecciona la dialéctica (el método de la argumentación y discusión para arribar a la verdad o a la solución justa).

El idealismo platónico, por una parte, afirma que las ideas existen independientemente de las cosas. Pero las cosas (el mundo sensible) sólo existen en cuanto participan de las ideas, de ahí que el idealismo sostenga que la cosa no pueda existir sin la idea (la idea constituye el modelo ejemplar de las cosas).

La reacción de Aristóteles es conocida: rechaza la comunidad entre ideas y cosas y propone el realismo que más tarde retoma Santo Tomás, adaptándolo a la filosofía cristiana. En síntesis, para el realismo lo que tiene existencia independiente no son las ideas sino las cosas. Las cosas son universales y las ideas individuales (tengamos presente también, que para Aristóteles, el ser se presentaba como sustancia y como atributo: sustancia es lo que el ser es en sí mismo, en tanto que atributo, es la forma en que caracterizó a ese ser -alto, bajo, lindo, feo).

El pensamiento de Platón constituye, en cierto modo, un antecedente útil para encuadrar los principios generales en cuanto afirma que el conocimiento de las ideas es un conocimiento *a priori* (independiente de la experiencia, lo que no implica que se arribe a él al margen de la experiencia). Se trata de un conocimiento universal y necesariamente válido; algo similar a la certidumbre o creencia en Ortega (téngase presente que los principios “informan” al derecho. El derecho, como realidad normativa, estaría guiado, en la teoría, por los principios generales que son una creencia previa, surgida de una comunidad, en un ámbito dado).

Siempre desde distintas visiones y posiciones ideológicas se ha tratado y construido el debate “*permanente recurrente*” sobre los Principios Generales del Derecho, la dependencia ideológica lo es desde lo cultural como lo es en definitiva el derecho, “*el Derecho nace y vive en un contexto histórico, geográfico político y, en definitiva, cultural.* “

En consecuencia, es diverso el valor y la finalidad de las normas que conforman el derecho que rige en determinado momento en un país. Es por ello que “*los principios sostienen las leyes*“, le dan sentido y ayudan a conformar una unidad.

Los principios generales guardan estrecha relación con la justicia o con el derecho natural, en el que encuentran su fundamento, siendo conocimientos que se asemejan a creencias

indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios existen por sí mismos y con carácter previo a la realidad normativa.²³²

*Pero “Son principios de derecho, o sea jurídicos, no meta o extrajurídicos. Son jurídicos por la realidad a la que se refieren e inspiran y por su propio contenido. No son principios éticos”.*²³³

Sin embargo, no obstante el auge que tuvieron las corrientes iusnaturalistas durante el siglo pasado para la justificación de los principios (toda vez que los mismos no se derivan de normas formales, sino de valores), en la actualidad nos encontramos con un escenario doctrinario caracterizado por una notable diversidad de corrientes que pretenden justificar el origen de los principios por afuera de los valores clásicos del derecho natural, desde concepciones positivistas hasta metapositivistas y eclécticas, o bien, transpositivistas.

Con todo, las clasificaciones apuntadas no deben llevarnos a confundir las cosas porque muchos de los principios generales provenientes del iusnaturalismo clásico o aun del que posee

²³² La idea cultural del derecho, como expresa el Dr. Luis Martín REBOLLO PUIG en *Sobre los Principios Generales del Derecho: Una reflexión moderadamente crítica en Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, supone que los principios nunca son previos o anteriores al derecho, sino que “emanan de la realidad social”. pág. 1511.

²³³ REBOLLO PUIG ob cit. de allí el *carácter estructural y vertebrador* que les reconoce.

naturaleza racionalista, han pasado al derecho positivo a través de su incorporación a la Constitución y a la ley (formal y material) o mediante su recepción generalizada por vía de la jurisprudencia. Esto no implica que se diluya la jerarquía que poseen los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento, se encuentren o no positivizados.

Llevados al plano de los poderes, los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan al Estado y a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas. Por cuanto *“El ordenamiento jurídico no es una serie de mecanismos formales que funcionan al margen de sus fines, sino que están a su servicio y valen en cuanto contribuyen a cumplirlos”*.²³⁴

En palabras del Dr. Cassagne²³⁵, la raíz metafísica de los principios generales del derecho constituye una premisa básica, cuya existencia el hombre capta por medio del razonamiento jurídico. Pero -continúa diciendo-, lo cierto es que tampoco los principios surgen de la razón aunque podría decirse que se encuentran inscriptos en la razón y que hacen básicamente a la

²³⁴ REBOLLO PUIG ob cit pág. 1530.

²³⁵ Ley Nacional de Procedimientos Administrativos – Comentada y Anotada –1er edición Buenos Aires - La Ley 2009.

dignidad del hombre y a las diferentes especies de justicia (legal o particular).

De allí que la implantación de principios jurídicos como base para regir los procedimientos administrativos, además de reglas claras sobre el acto administrativo –andamiaje básico para enmarcar el diseño de políticas públicas-, integren toda una construcción necesaria para encausar el procedimiento tendiente a la realización del interés general y a garantizar a los particulares.

Tanto es así que el Dr. Rodríguez Arana²³⁶ sostiene que los principios generales son principios que hacen presente y operativa la idea de justicia. Y que la encarnación principal de la justicia en los principios nos permite seguir alimentando la esperanza de que el derecho administrativo siga siendo el dique de contención, por una parte del poder incontrolado, del poder irracional, del poder que se sale de los cánones de la moderación y la templanza con los que se debe ejercer en un Estado de Derecho. Por otra parte, sostiene que, los principios generales permiten desde una perspectiva positiva, configurar un derecho administrativo en el que las instituciones, categorías y conceptos, reflejen la racionalidad, la objetividad y el sentido de servicio al interés general que de ellos se espera.

²³⁶ Jaime RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ - Los principios Generales en la Jurisprudencia Administrativa en el Derecho Administrativo Español – Ponencia VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo – Valladolid y Salamanca- Septiembre 2008.

Depende, como sostiene Martin Rebollo de los “*intereses en juego*” en esa sociedad, en ese momento determinado porque, como sostiene el autor, “*el que usa el derecho no lo usa por razones estéticas o criterios altruistas sino en defensa de unos intereses*”.

Y como los principios generales del derecho que apelan a valores sustantivos para interpretar las normas están hoy constitucionalizados en la CE (ej.: igualdad, seguridad jurídica, derechos fundamentales), hablar de principios de derecho es hoy “*hablar de principios y valores constitucionales*”.

Esos principios generales, se complementan o convergen con los principios *estructurales del ordenamiento* que son los elementos que permiten articular la relación interna entre las normas (legalidad, competencia, jerarquía normativa, irretroactividad). En definitiva, son los principios y valores constitucionales los que conforman el sustrato axiológico valorativo que permite aplicar el ordenamiento jurídico para alcanzar la idea de justicia.

Como esencia del Ordenamiento, señala Rodríguez Arana, ayudan a realizar esa tarea fundamental de asegurar y garantizar que el poder político en todo momento se mueve y actúa en el marco del Derecho.

3.3 - LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como dijimos, suele entenderse por principios generales del derecho, a aquellas líneas directrices, ideas rectoras, que habrán de formar la materia objeto de estudio. Ideas que sintetizan a un ordenamiento jurídico, en el inicio del mismo, en el principio del propio derecho en análisis.

Esto es así, puesto que los principios, darán lugar a las normas jurídicas, que expresan las ideas que del derecho posee una determinada sociedad, en un momento dado, toda vez que el derecho, como toda ciencia social, es cambiante, mutable, cíclico, dado su carácter social. Basta recordar en tal sentido, que inicialmente los principios del derecho administrativo se desprendían del concepto “estado de policía”, el cual fue la razón de ser del Estado, hasta el siglo XVIII. El nacimiento del constitucionalismo clásico, hizo virar la concepción del estado hacia un “estado de derecho” -siglo XIX-, lo que provocó el surgimiento de nuevos principios, circunstancia ésta que habrá de repetirse durante el siglo XX, cuando se avanza hacia un concepto “estado democrático de derecho”.

Cada evolución en la concepción del Estado, trajo aparejado nuevos principios para el derecho administrativo, toda vez que los

mismos apuntalan la renovación de la relación del Estado con los particulares.²³⁷

En el ordenamiento legal argentino, los principios del derecho administrativo se derivan de los principios constitucionales reglados en el Texto Supremo. Así, dentro de la Constitución Argentina, encontramos:

a) *El principio de supremacía constitucional (art. 31 C.A.), el cual subsume el principio de legalidad (principio éste también presente en los arts. 16, 18, 19 y 28 de la C.A.); “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 obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...” (art. 31 C.A.) ,*

Supremacía que según expresa Bidart Campos²³⁸, tiene dos sentidos, uno fáctico, que es propio de la constitución material,

²³⁷ En el libro “Los Principios Jurídicos del Derecho administrativo”, dirigido por el Dr. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR – La ley Grupo Wolters Kluwer –Madrid 2010 -, el Dr. Manuel REBOLLO PUIG, que tuvo a su cargo el capítulo sobre Los Principios Generales del Derecho (Atrevimiento atribulado sobre su concepto, funciones e inducción) en pág. 1538, y a partir de un preciso razonamiento sobre los mismos, sostiene que: “es vano el intento de enumerar y enunciar los principios generales del Derecho, con una lista cerrada y definitiva”, y explica que el principio general “existe y vive” con independencia de un texto que lo plasme o formule.

²³⁸ BIDART CAMPOS Germán, Manual de la Constitución Reformada –Editorial Ediar Buenos Aires 1996.

esto es, como fundamento y base de todo el ordenamiento jurídico- político del Estado, y otro sentido, el de la constitución formal, por el cual, la constitución revestida de supra legalidad obliga a que todas las normas y actos estatales y privados se ajusten a ella.

En ese marco, la formulación del constitucionalismo, envuelve un deber-ser que implica que todo el ordenamiento jurídico- político del Estado debe ser congruente y compatible con la constitución formal.

En el derecho constitucional argentino esta supremacía ha tenido innovaciones con la reforma de 1994, explica el constitucionalista argentino citado, entre ellas:

El art. 75 inc. 22 establece como principio general, el de supralegalidad de los tratados internacionales de toda clase: esto significa que los Tratados prevalecen sobre las leyes, con una sola excepción, la de los tratados de derechos humanos.²³⁹

²³⁹ **Artículo 75.-** Corresponde al Congreso....inc 22. *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o

La modificación debe enmarcarse de la siguiente forma; en concordancia con el viejo art. 27, los tratados están por debajo de la constitución, pero por encima de las leyes, y de todo el resto del derecho interno.

La excepción viene dada para los tratados de derechos humanos, que, por el art. 75 inc. 22 revisten jerarquía constitucional once instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente, pero además prevé que mediante un procedimiento especial otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también jerarquía análoga.

En ambos casos, tales tratados no entran a formar parte del texto de la constitución y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con la constitución su misma supremacía.

Por otro lado, están los tratados de integración a organizaciones supraestatales, conforme con el art. 75 inc. 24 debe entenderse remitiendo al principio general del inc. 22 que sólo confiere a los tratados prelación sobre las leyes.

Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

b) El principio del debido proceso adjetivo (art. 18 C.A.):

“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”,

Este principio es el que necesariamente contiene y necesita la garantía del Juez Natural, y así lo ha establecido la CSJN al señalar que el debido proceso implica ***“la observancia de formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales”***²⁴⁰.

Dice María Angélica Gelli: ***“...la garantía de juez imparcial tiene, en el artículo 18, dos protecciones expresas: el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales y a no ser apartado de los jueces designados por la ley antes del hecho que motiva la causa”***²⁴¹. De esa forma cuando el artículo 18 de la Constitución Nacional expresa jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, sintetiza una regla que se refiere a la jurisdicción.

²⁴⁰ (Fallos 125:10; 127:36; 189: 34)

²⁴¹ GELLI, María Angélica Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Ed. La Ley, tercera edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, agosto 2007.

Desde el punto de vista sustantivo el debido proceso es un estándar de Justicia que determina a aquellos órganos hasta dónde pueden incidir en el ejercicio del arbitrio que la Constitución les atribuye, sobre la libertad individual.²⁴²

c) El principio de razonabilidad (art. 28 C.A.):

“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Bidart Campos señala que la mera legalidad es insuficiente si el contenido de la ley no es justo; de ahí que el principio de legalidad deba integrarse con la razonabilidad.²⁴³

Y Linares²⁴⁴ citando a Cossio enseña que en axiología jurídica se habla de razonabilidad cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico: solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad y orden y se lo halla en el valor de totalidad llamado justicia. De ahí que el principio de razonabilidad debe ser respetado también por el Poder Ejecutivo al dictar actos administrativos.

²⁴² LINARES, Juan Francisco, Razonabilidad de las Leyes, 2da ed., Astrea, Buenos Aires, 1970 pág. 81.

²⁴³ BIDART CAMPOS, Germán, Derecho constitucional, Ediar, Buenos Aires, 1993, Tomo II, págs.118/11.

²⁴⁴ LINARES, op. cit., pág. 25.

Por su parte, la Constitución Española, a diferencia de la Argentina, consagra de manera explícita, los principios del derecho administrativo, a saber:

1) *Principio de la supremacía del interés público sobre el particular* (art. 103 inc. 1): “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*”.

2) *Principio de legalidad* (art. 103 inc. 2) “*Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley*”.

3) *Principio de imparcialidad* (art. 103 inc. 3)

La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

4) *Principio de proporcionalidad:*

Principio rector de la actividad administrativa. El acto administrativo debe ser congruente con los motivos y fines que lo

justifiquen. Lo encontramos presente en los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 de la C.E.

3.4 - LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ESPAÑA

3.4.1 - EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En el Derecho administrativo español, este principio se proyecta sobre todas las relaciones jurídico-administrativas dentro del marco ofrecido por el Estado social y democrático de Derecho que sustenta , el principio de «favor libertatis»²⁴⁵ asentado en el ordenamiento jurídico; por su parte en el Derecho administrativo, como expresa Bernal Pulido²⁴⁶ *“la potestad estatal para intervenir en la libertad sólo puede ejercerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos de los demás y de los intereses esenciales de la comunidad.”*

²⁴⁵ Que con base en el derecho penal significa aplicación restrictiva de las normas que limitan la libertad de las personas. Con precisión tratado por Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE en *Los principios Jurídicos* ob cit, pág. 799.

²⁴⁶ Expresa Carlos BERNAL PULIDO en *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 3era ed. 2007, pág. 45 citando a Kant en su definición de derecho.

Compete a la Administración la resolución de complejos conflictos en los que se encuentran involucrados distintos intereses colectivos y ello requiere que los principios y técnicas jurídicas aplicables comprometan la idea de racionalidad en el comportamiento de la actividad administrativa.

La realidad es que en el Derecho administrativo español, a pesar de que incluso ya en la normativa preconstitucional se contemplaban preceptos de los cuales la doctrina, y en cierta medida la jurisprudencia, extrajeron el principio de proporcionalidad como principio rector de la actividad administrativa, la jurisprudencia, muy lejos de dotar de una validez general a este principio en el ámbito del Derecho administrativo, lo trató inicialmente como una regla lógica o de interpretación y limitó su aplicación a determinados ámbitos de actuación de la Administración Públicas, en particular en lo referente a la actuación de las Administraciones locales debido fundamentalmente a lo dispuesto en el artículo 6 RSCL²⁴⁷. En este artículo se contemplan dos de los aspectos del principio de proporcionalidad: la adecuación y la necesidad, siendo el tenor literal de este artículo:

a. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que lo justifiquen.

²⁴⁷ Precepto del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales en el Ordenamiento español 1995.

b. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en forma expresa ha ido reconociendo que el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho (SSTC 62/1982, 102/1984), y con la actual redacción de la ley 29/2009²⁴⁸ ya no se plantean dudas acerca de la aplicabilidad de este principio a todos los ámbitos de actuación de la Administración Pública²⁴⁹ .

Además de un principio general del Derecho constituye un principio constitucional, la exigencia del principio de proporcionalidad para la actividad administrativa se deriva del texto constitucional y en especial de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 CE.

²⁴⁸ La ley 29/2009 modificatoria del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) se considera que ha incorporado el principio de proporcionalidad al ordenamiento jurídico administrativo, al establecer el nuevo art. 39 bis. Conforme expresa Matilde CARLON RUIZ pág. 219 *“El principio de Proporcionalidad”* en *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, ob cit.*

²⁴⁹ BERNAL PULIDO ob cit. *El principio de proporcionalidad ...* ed. 2007 - pág. 41 expresa “A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales”.

Según LÓPEZ GONZÁLEZ,²⁵⁰ los artículos 103.1 y 106.1 de la CE ofrecerían también una base para afirmar que estamos ante un principio institucional de la Administración, puesto que *«marca las pautas del comportamiento de la Administración para que ésta alcance los fines que el Derecho le atribuye: servir con objetividad los intereses generales y adecuar la actuación a los fines que la justifican»*.

En ese contexto *“La competencia del Tribunal Constitucional para determinar el contenido de los derechos fundamentales está dotada únicamente de un carácter interpretativo y no compromete una habilitación para la toma de decisiones políticas en contra de las leyes”²⁵¹*.

3.4.1. A. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Algunos afirman que la proporcionalidad es apenas un aspecto de la razonabilidad. Otros consideran que la proporcionalidad es una faceta de la razonabilidad. Otros enseñan que la razonabilidad exige proporcionalidad. Otros entienden que es mejor englobar el principio de proporcionalidad en el sentido

²⁵⁰ José Luis LÓPEZ GONZÁLEZ “A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, en torno a los límites al derecho de reunión”, Revista Española de Derecho Constitucional, Número 48 (Madrid, 1996).

²⁵¹ BERNAL PULIDO ob cit. pág. 67.

de razonabilidad. Otros tratan el principio de proporcionalidad al lado del principio de razonabilidad (como elementos distintos). Otros, por fin, consideran que ambos principios son conceptos próximos y suficientes para ser intercambiados.²⁵²

La razonabilidad tiene el sentido de coherencia lógica de las decisiones y medidas administrativas. La actuación administrativa no puede ser desarrollada ilógica o incongruentemente. Debe ser la más adecuada para obtener el fin legal (adecuación entre los medios y los fines). Aquí gana relevancia lo cualitativo. Ya que como expresa Bernal Pulido²⁵³ *”La función principal que el principio de proporcionalidad cumple en el control constitucional de las leyes que intervienen en los derechos fundamentales, consiste en estructurar la fundamentación de validez de las normas iusfundamentales adscriptas“.*

La proporcionalidad representa el sentido de ejercicio de competencia administrativa en la extensión o intensidad apropiadas para que sea realmente demandado para el cumplimiento de la finalidad pública. Aquí gana relevancia lo cuantitativo.

²⁵² BERNAL PULIDO ob cit. analiza en detalle el principio e incorpora exposición y valoración de la crítica a las objeciones a la aplicación del principio de proporcionalidad – Cap. Segundo – pág. 165 y sgtes.

²⁵³ Ob cit. pág. 134, el subrayado es mío.

Es preferible hablar del principio de proporcionalidad en sentido amplio, desdoblándolo en los siguientes elementos (o principios)²⁵⁴:

a) Principio de conformidad, adecuación o razonabilidad.

El medio empleado debe guardar adecuación, conformidad, en el sentido cualitativo, con el fin perseguido. Hablamos exactamente en este punto del principio de razonabilidad en su formulación corriente.

b) Principio de necesidad.

No usar la medida o camino alternativo para llegar al mismo resultado con menos respeto al derecho o situación que incumbe al acto.

c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Lo que se pierde con una medida tiene menor relevancia que aquello que se gana.

El principio de proporcionalidad es también llamado principio de prohibición del exceso. La Administración debe hacer todo para no perjudicar a los particulares, debiendo siempre existir una proporción entre encargo/sacrificio y beneficio (si la

²⁵⁴ La doctrina aquí citada- Dres. BERNAL PULIDO y CARLON RUIZ, -con base en la Alemana- lo trataran como subprincipios: de *Idoneidad*; *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*, exigiendo que toda intervención en los derechos fundamentales, cumpla con estas exigencias.

Administración impone un encargo especial a un ciudadano con anuencia de la ley debe indemnizarlo).²⁵⁵

Toda actuación de la Administración implica una decisión, y esta tiene que ser:

1.- Adecuada, la lesión de los derechos subjetivos privados tiene que ser apta a la prosecución del interés público.

2.- Necesaria, dicha lesión deberá producirse, cuando no exista otro medio.

3.- Proporcional y justa, en relación al beneficio que fue alcanzado con la prosecución del interés público.

3.4.2 - EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Entender el funcionamiento del principio de legalidad normado en el art. 103 de la C.E, requiere un breve repaso de la evolución del derecho administrativo español.

Previo a la Constitución de 1978, el derecho administrativo español, contó con tres leyes que procuraron revestir de legalidad el actuar del Estado, a saber:

²⁵⁵ BERNAL PULIDO, citando a Solozabal Echavarria, pág. 175 ob cit. expresa “La universalidad – de los derechos fundamentales - hace impracticable un ejercicio absoluto de los derechos e impone la necesidad de coordinar los diversos ejercicios relativos “.

- Ley de expropiación forzosa de 1954.
- Ley de jurisdicción contencioso-administrativo de 1956: comienza el control judicial de la administración, excepto en los actos políticos.
- Ley de procedimiento Administrativos de 1958: establece el procedimiento a seguir en las actuaciones de la administración y los derechos de los ciudadanos.

A partir de la CE de 1978, el nuevo texto constitucional, genera un impacto sobre el derecho administrativo a partir de unos postulados muy básicos:

- Art. 9.2 se fija la normatividad de la CE, es decir la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y como tal el resto de normas infraordenadas deben resultar coherentes con estas para poder ser aplicadas.

- Art. 103 se limita materialmente la actuación de las administraciones públicas supeditándolas al interés general y estableciendo que deben actuar con eficacia.

- Arts. 102 y 103 otorgan una reserva de ley.

- Art. 105 establece mandato al legislador para poder reconocer derechos a los ciudadanos como derecho de audiencia, acceso a los registros, a escuchar alegaciones, etc.

Además de estos derechos la CE reconoce una serie de derechos fundamentales como el art 24 donde se establece la tutela judicial efectiva -derecho a que los conflictos los resuelvan los jueces- y se establecen medidas de justicia cautelar.

Cabe decir que si bien es cierto que la constitución española supuso un gran cambio para el derecho, también lo supuso para el derecho administrativo pero igual de cierto es que este cambio no fue tan traumático para el derecho administrativo gracias al cambio que se había dado ya anteriormente a partir de mediados del siglo XX. Si bien cabe recordar que en 1998 la ley 29/98 sustituyó a la jurisdicción contencioso y la de procedimiento administrativo fue modificada por la ley 30/1992 pero que la de expropiación forzosa aun sigue vigente.

El principio de legalidad es el primero de todos los principios generales del derecho administrativo, porque toda la actuación de la Administración Pública está subordinada al cumplimiento de la ley.

Clausula primordial y piedra angular del derecho administrativo desde su origen, la clausula 103.1 dispone el sometimiento pleno de la administración a la ley y el Derecho, pues la prosecución del interés público lo es en obediencia de la ley.

“Ninguna actuación o decisión administrativa puede ser contraria a una ley, en sentido formal, ni siquiera la aprobación de un reglamento. Como resulta expresamente del art 97 de la Constitución”.²⁵⁶

Encontramos dos vertientes respecto de este principio:

- **La primera vertiente, implica la necesidad de que la Administración Pública cumpla siempre la ley (preferencia de la ley).**
- **La segunda vertiente, implica que la Administración Pública no puede actuar sin cobertura legal (reserva de la ley).**

La ley no es sólo un límite de la acción administrativa, es también su fundamento. El principio de legalidad en un Estado de Derecho, es diferente del principio de legalidad en un Estado con características autoritarias. La diferencia es que en el Estado de Derecho actúa en obediencia a la ley y al derecho, tiene en cuenta el orden jurídico en su globalidad, lo que implica que los derechos subjetivos individuales son también un límite. El Estado autoritario está subordinado apenas a la ley, no tiene en cuenta el orden jurídico global (el Gobierno también puede hacer leyes).

²⁵⁶ Conforme Miguel SÁNCHEZ MORÓN “Legalidad y Sometimiento a la ley y al Derecho”, en “Los Principios Jurídicos”, ob cit. pág. 57.-

La subordinación al derecho es no sólo el deber de obediencia a la ley, es también obediencia a la Constitución, al Derecho Internacional, a los Principios Generales del Derecho, Reglamentos, derechos resultantes de los contratos y actos administrativos. A esto se llama Bloque Legal.

Como expresa Sánchez Morón²⁵⁷ *“El Derecho es algo más, pues el Estado Moderno conoce una pluralidad de fuentes de producción normativa. La Administración no solo debe, por tanto respetar la ley, sino también el resto del ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución (art. 9.1 CE), de conformidad con el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE).*

Como ya dije, se pueden extraer las modalidades del principio de legalidad:

- La *preferencia de la ley*, que consiste en que ningún acto de categoría inferior a la ley, puede contrariar la ley so pena de ilegalidad.
- La *reserva de la ley* que consiste en que ningún acto de categoría inferior a la ley puede ser practicado sin fundamento en la ley.

En este sentido, es que las administraciones públicas están vinculadas al principio de legalidad en términos más estrictos que

²⁵⁷ Ob cit.

los ciudadanos. Mientras éstos pueden hacer todo lo que la Ley no prohíbe (vinculación negativa), la Administración sólo puede hacer aquello que la Ley le permite (vinculación positiva).²⁵⁸ Asimismo, su actuación tiene la servidumbre de sujetarse a procedimientos formales y trámites rigurosos que tienden a asegurar la legalidad, imparcialidad e igualdad de trato entre los ciudadanos.

3.4.3 - EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.

Este principio se puede encarar desde dos vertientes:

1.- La vertiente negativa, en esta vertiente el principio de imparcialidad se traduce en una especie de abstención (no hacer). En respeto del principio de imparcialidad los funcionarios, agentes o titulares de la Administración Pública, no pueden ser parte en el contrato/procedimiento administrativo.

2.- La vertiente positiva, que se desarrolla a través de dos deberes de la Administración Pública:

a.) Deber de ponderación, la Administración Pública en sus opciones debe tomar en cuenta todo lo que los particulares traen

²⁵⁸ Por ello como expresa SÁNCHEZ MORÓN, pág. 62 ob cit, es que “la administración no puede adoptar medidas de regulación o limitación del ejercicio de los derechos individuales sin una previa habilitación legal”.

para el procedimiento administrativo (ejemplo, Audiencia de los interesados).

b.) Deber de Abstención, la Administración Pública no puede tomar en consideración intereses de carácter político, religioso, etc.

Del principio de imparcialidad, también suele derivarse “el principio de impersonalidad”.

Por este principio, la actividad administrativa está volcada para los administrados en general, sin determinación de persona o discriminación de cualquier naturaleza. Implica que la concesión de un beneficio singular, insusceptible de utilización generalizada, debe ser precedida de un certamen entre los interesados aptos, como por ejemplo en la licitación o concurso público. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO afirma que se trata del propio principio de isonomía o igualdad. Por su parte, JOSE ALFONSO DA SILVA identifica que este principio impone la imputación de los actos administrativos al órgano o entidad, y no a los funcionarios.

Los actos administrativos dirigidos para favorecimiento o desfavorecimiento de administrados determinados, son ilegales por ofensa al principio de impersonalidad. Visto por este ángulo, el principio de impersonalidad tiene estrecha relación con el principio constitucional de igualdad: somos todos iguales ante la

ley y, por tanto, todos iguales ante las actividades administrativas, ante el querer y actuar del Estado.

3.4.4 - EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DEL INTERÉS PÚBLICO SOBRE EL PRIVADO.

La supremacía del interés público no es un valor en sí mismo. La supremacía, como componente de la función administrativa, es un instrumento para la realización de finalidades legales, siguiendo los criterios y procedimientos consagrados en el orden jurídico.

En este sentido, por interés público debe entenderse el interés de la colectividad como un todo, conforme a lo previsto en el orden jurídico impuesto. Estos son los llamados intereses públicos primarios. Los intereses públicos secundarios, del Estado como simple sujeto de derecho, normalmente coincidentes con los estrictos intereses patrimoniales o financieros, solamente deben ser entendidos cuando están en consonancia con los intereses primarios.

El interés público es la finalidad única de la Administración, el acto administrativo que se aparta de ese principio está viciado y configura abuso de poder por desvío de finalidad. Interés público es aquel que se refiere a toda la sociedad.

Los intereses públicos deberán siempre prevalecer en las relaciones con los intereses privados. Evidentemente existen límites para la aplicación de ese principio, y los más fuertes son los derechos adquiridos, la cosa juzgada y el acto jurídico perfecto.

a) El Principio de Prosecución del Interés Público y el Principio de respeto de los Derechos e Intereses legalmente protegidos de los Ciudadanos.

La Administración Pública busca la prosecución del interés público, en el respeto de los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos. Los órganos y agentes administrativos están subordinados a la Constitución y la ley y deben actuar, en el ejercicio de sus funciones, con respeto por los principios de igualdad, de proporcionalidad, de justicia, de imparcialidad y de buena fe.

Estos principios son el talón de Aquiles de la Administración Pública, porque se tiene que tener en cuenta:

A.- La prosecución del interés público.

B- El respeto a los derechos protegidos de los ciudadanos.

El interés público no puede colisionar con los intereses de los particulares. De esta manera:

1.- Sólo la ley puede definir los intereses públicos a cargo de la Administración Pública, no pueden ser definidos por la Administración.

2.- Donde la ley no defina de forma completa y exhaustiva, compete a la administración interpretar dentro de los límites en que la ley tiene definido.

3.- La noción de interés público es una noción variable.

4.- Definido el interés público su prosecución es obligatoria para la Administración.

5.- El interés público delimita la capacidad jurídica de las personas colectivas (principio de especialidad).

6.- Sólo el interés público puede constituir motivo principal determinante para el acto administrativo -lo contrario implica desvío de poder-.

7.- La prosecución de los intereses privados en vez del interés público, por parte de un órgano o agente lleva a la corrupción.

8.- La obligación de proseguir el interés público, exige que la administración adopte las mejores opciones (deber de buena administración).

Respecto al principio de respeto de los derechos e intereses legalmente protegidos de los ciudadanos deberá de tenerse en cuenta lo siguiente: Los derechos subjetivos de los particulares implican que cuando existe una determinada norma jurídica que tutela los intereses de los particulares, en un determinado asunto, el particular puede exigir de los otros su cumplimiento.

El derecho subjetivo necesita lo siguiente:

1.- Que exista un interés propio de un sujeto de derecho.

2.- Que la ley proteja directamente ese interés.

3.- Que, en consecuencia, su titular pueda legalmente exigir de otro uno o más comportamientos que satisfagan su interés legítimo.

4.- Que la ley imponga a los restantes sujetos de derecho la obligación de adoptar un comportamiento que satisfaga al titular del derecho subjetivo.

5.- Que la ley dé al titular del derecho subjetivo el poder de obtener la plena realización en caso de violación o no cumplimiento.

Los intereses legalmente protegidos implican la existencia de un conjunto de normas jurídicas que defienden el interés público y al verse ejecutadas las mencionadas normas jurídicas, los

particulares acaban por verse defendidos en sus intereses, pero ahora en vía indirecta.

Para que exista un interés legítimo:

1.- Debe existir un interés propio de un sujeto de derecho.

2.- Debe existir una ley que proteja directamente un interés público que se busca correctamente perseguido, implicará la satisfacción simultánea de un interés individual.

3.- El titular del interés privado no debe poder legalmente exigir que se satisfaga su interés, más puede exigir que no perjudique ese interés ilegalmente.

4.- No debe existir una ley no imponga a la Administración que satisfaga el interés particular.

5.- La ley, debe dar al particular el poder de obtener la anulación de los actos por los cuales la Administración haya perjudicado ilegalmente el interés privado.

En resumen, el derecho subjetivo consiste en la existencia de un derecho a la satisfacción del interés propio, mientras que el interés legítimo es apenas un derecho a la legalidad de las decisiones que versen sobre el interés propio.

b) La Prosecución del Interés Público Vs. La Indisponibilidad Del Interés Público.

A la Administración, en el ejercicio de la potestad pública, le cabe no solo el respeto de los derechos subjetivo de los particulares, sino también el principio de indisponibilidad del interés público por parte de la propia Administración Pública.

Esto significa que el órgano administrativo debe guardar, defender, mantener y realizar los bienes e intereses que administra, pero que no puede disponer de ellos. La disponibilidad de los bienes públicos está reservada a la manifestación legislativa.

El interés público es inapropiable, por tanto, los bienes, derechos y servicios públicos no están a la libre disposición de los órganos públicos, incumbiendo a la Administración el deber de vigilar por esos bienes, derechos y servicios. El poder de competencia otorgado por el Derecho al Administrador, en realidad posee un significado de poder-deber.

3.5 - LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL A LA LUZ DE SU JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

En un muy interesante ensayo, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz²⁵⁹, decide identificar principios del derecho administrativo

²⁵⁹ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el Derecho Administrativo Español", en AA.VV.,

a través del análisis de la jurisprudencia administrativa española. Justifica esta línea de investigación, en la inteligencia de que no es posible en el siglo XXI, limitar los principios del derecho administrativo, a los que surgen del análisis de un positivismo cerrado. Por el contrario, a su juicio, desde una perspectiva de positivismo abierto, los principios generales del derecho (concepto macro que abarca obviamente los principios del derecho administrativo), juegan un papel central porque son la garantía de que el Estado de Derecho y sus postulados sean una realidad en todas las ramas del Derecho. De esta manera, los principios generales no son solo fuente del derecho, sino criterios sobre los que se debe edificar el Derecho Administrativo. Según este autor, el Derecho Administrativo no es solo una rama del Derecho Público, que regula las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos, puesto que con este pensamiento, los principios del derecho administrativo, tienen una función muy limitada. Por el contrario, si el Derecho Administrativo, se concibe, siguiendo la idea de GONZALEZ NAVARRO -ya citada “supra”- como el Derecho del poder para la libertad del ser humano, entonces adquiere sentido la doctrina que propicia la jurisprudencia española, sobre el sentido y misión de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo.

“Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano”, Colección Estudios, Junta de Castilla y León, Salamanca, 2008.

En esta línea de razonamiento, el autor en comentario, rescata una sentencia del Tribunal Supremo español, del 18 de febrero de 1992, por la que se estableció que “...*los principios generales del Derecho, esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas -art. 1.4 del Cod. Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la ley, sino también al Derecho -art. 103 de la Constitución- Y es claro que si esos principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios*”. El análisis del fallo tiene como objetivo señalar como el olvido de los principios generales precipita la degradación del Derecho. Y esto se produce, cuando se pretende convertir al Derecho Administrativo en un mero apéndice del poder. Para evitar esto, el Derecho Administrativo del Estado de Derecho, debe mirar permanentemente a los principios generales del Derecho, puesto que gracias a ello, la lucha contra las inmunidades del poder, hubiera sido desigual y con un claro vencedor.

No obstante lo hasta aquí expuesto, Rodríguez Arana-Muñoz sostiene que, la mayor parte de los principios generales del derecho están recogidos en normas escritas. Pero ello es así, gracias a la gran labor de la jurisprudencia y doctrina española, que lograron empujar estos principios, primero a las normas, y

luego a la propia Constitución Española, concluyendo que repugnaría al sentido común jurídico general que se elaborara una Constitución en la que no se encontrase el papel central de los derechos fundamentales del ser humano o el principio de seguridad jurídica, concluyendo que entre las funciones que cumplen los principios generales del Derecho, la primera y capital se refiere a la labor de dirección general de todo el proceso de creación. La demás funciones, apuntan a la de ser auxilio de interpretación de las normas, de integración de lagunas jurídicas, y a la construcción y sistematización de toda la materia jurídica en torno a directivas finalistas.

Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, descubre los siguientes principios del derecho administrativo, a la luz de la jurisprudencia administrativa:

1) *El principio de ética y de valores.*

Lo descubre contenido en el art. 1.1 de la C.E., que dispone que 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, precepto éste que asiente la cultura jurídica universal que trae causa del Estado social y democrático de Derecho, que es el modelo constitucional de Estado en que hoy toma forma el denominado Estado de Derecho. Los valores del art.

1.1., discurren en el mundo de la ética, de la axiología, los que a su vez desencadenan los principios del art. 9.3.

2) *El principio de buena administración*²⁶⁰ y sus corolarios.

Rodríguez Arana-Muñoz, encuentra este principio en la Carta Europea de los Derechos fundamentales. Si bien se trata de un derecho (el derecho a la buena administración), del mismo surgen principios, como por ejemplo el principio a la interdicción de la arbitrariedad, con reflejo constitucional en el art. 9.3, el principio de racionalidad o el principio de objetividad.

El principio de buena administración, supone que los asuntos públicos (como dispone el art. 41 de la Carta Europea²⁶¹) sean tratados equitativamente, objetivamente y en los plazos razonables. Este principio se relaciona con la obligación de la Administración de promover los derechos y libertades ciudadanas (art. 9.2), de actuar de acuerdo con la centralidad de la dignidad del ser humano (art. 10.1), de evitar la indefensión como consecuencia de la ejecutividad administrativa (art. 24.1), entre otros.

²⁶⁰ Una completa visión de este asunto, puede observarse en CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, "Buena Administración: Un principio, un mandato o un derecho subjetivo?", en SANTAMARIA PASTOR (Dir.), "Los principios jurídicos del Derecho Administrativo", Madrid, La Ley, 2010, p. 1137 y ss.

²⁶¹ Y lo venía elaborando la jurisprudencia comunitaria.

Al decir del Profesor de la Universidad de Sevilla CARRILLO DONAIRE, la buena administración no implica “*un nuevo ropaje semántico para un problema preexistente, ni de colocar vino nuevo en una vieja cava. Ni una cosa ni la otra. A nuestro juicio, la principal relevancia jurídica de la buena administración es dar un nuevo enfoque a problemas conocidos y a situaciones de derecho consabidas, que se imantan y galvanizan, adquiriendo nuevas potencialidades, en torno a este nuevo paradigma*”²⁶².

3) *El principio de buena fe.*

Lo encontramos en el art. 3.1 in fine de la ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del procedimiento administrativo común, el cual consagra que las Administraciones Públicas, deben respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima.

4) *El principio de seguridad jurídica y el principio de confianza legítima.*

El principio de seguridad es junto a la libertad y justicia, uno de los tres criterios rectores que el preámbulo de la C.E. cita expresamente. Además el art. 9.3, lo incluye entre los principios jurídicos que la Constitución reconoce. Se trata de un principio básico del Estado de Derecho, pues en su virtud, el Ordenamiento jurídico es de aplicación a todos los operadores jurídicos, se

²⁶² Ob.cit., p. 1138.

reforma o modifica en atención a reglas conocidas y fundamentales, dotando al ambiente jurídico de estabilidad, certeza y previsibilidad que facilita la convivencia armónica y congruente.

Como ha constatado la jurisprudencia y la doctrina administrativista española, existe una evidente vinculación entre los principios de confianza legítima y de buena fe.

5) El principio de interdicción de la arbitrariedad.

Este principio, se encuentra regulado a contrario sensu, en el art. 9.3 de la C.E., cuando se proscribe la arbitrariedad. La objetividad, la racionalidad, la congruencia entre el fin del interés general y los actos de la Administración, son principios que a su vez son consecuencia del sometimiento pleno de la Administración, como lo dispone el art. 103 de la C.E., puesto que el derecho debe ser expresión de la racionalidad en el marco de la justicia.

Ese “derecho del poder para la libertad”, entonces, como enseña González Navarro, se corresponde con la doctrina que el Tribunal Supremo español ha ido elaborando en sus sentencias sobre el sentido y misión con el que han de concebirse los principios generales del Derecho Administrativo.

En la terminología propia del Tribunal, en cuanto a que los principios son “El oxígeno que inspiran las normas”, explican el

porqué esos principios “informan las normas” (Art. 1.4. del Código Civil español) y el porqué la administración está sometida no sólo a la ley , sino también al derecho (art. 103 de la Constitución Española).

El círculo cierra a poco de ver que, si los principios inspiran las normas que atribuyen potestad a la administración, esta actuación ha de realizarse en el marco de esos principios para, como dice Rodríguez Arana, “edificar” el derecho administrativo como condición de existencia del Estado de Derecho.

Cada principio cumple sin duda una función relevante que al ser aplicados por el derecho administrativo, como ejercicio de competencias o atribuciones, definen la forma de ejercer el poder en una sociedad, y al ser aplicados por el juez en sus sentencias, permiten completar el sentido de la ley para resolver los conflictos.

3.6 - LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN ARGENTINA

3.6.1- PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ADMINISTRATIVOS

En la República Argentina, suelen diferenciarse los principios del derecho administrativo de los principios del proceso administrativo. Los primeros, son principios constitucionales, de obligatorio cumplimiento por parte de la Administración, por

aplicación del principio de supremacía constitucional normado por el art. 31 de la C.A.

Así, para ser más precisos, podríamos hablar de principios constitucionales del derecho administrativo. Ello así toda vez que, como ya expresamos, no son principios explícitos dedicados a la Administración, sino principios implícitos para la Administración, que habrán de guiar su actuar legal en atención a lo normado por el Texto Constitucional.

Dentro de la Constitución Nacional, encontramos y utilizamos como principios del derecho administrativo los siguientes:

a) *Principio de supremacía (art. 31 C.A.).*

Dado que la República Argentina es un país federal, las normas de ese carácter (la propia CA., las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los Tratados con potencias extranjeras), están por encima del ordenamiento local que debe subordinarse a esa supremacía. Si bien el art. 31 proclama la supremacía constitucional, nada dice acerca del procedimiento, alcance o sujetos destinados a impedir la violación de aquella preeminencia. A partir del contenido del art. 116 de la C.A. (que manda a la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial, y a los tribunales inferiores a ella, a intervenir en todos los asuntos que conciernan al contenido constitucional), es que se habilitó la teoría del control de constitucionalidad jurisdiccional

difuso, encargado de hacer valer la supremacía del Texto Supremo por sobre el ordenamiento normativo inferior. Los actos de la Administración Pública, como órgano administrativo federal, obviamente no escapan al control de constitucionalidad, en la búsqueda de constatar el respeto a los principios constitucionales por parte de la misma, en el ejercicio de su régimen exorbitante.

b) *Principio del debido proceso adjetivo* (art. 18 C.A.).

El artículo 18 de la C.A., constituye una de las máximas garantías de la libertad personal frente al abuso del poder. La norma contiene una serie de garantías procesales e impone límites precisos a la actividad represiva del Estado, como a los instrumentos para hacerla efectiva. Las garantías procesales se inician con el derecho a la jurisdicción, es decir con el derecho a petitionar ante tribunales judiciales la emisión de sentencia justa. El derecho a la jurisdicción se integra con la obligación, por parte del Estado, de crear tribunales judiciales independientes del poder político, adjudicarles competencia y disponer las reglas de procedimiento que respeten los principios del debido proceso adjetivo. Las reglas procesales adjetivas encuentran, de ese modo, su límite y justificación en la constitución y pueden ser examinadas en su razonabilidad, tanto como las normas sustantivas. En definitiva, el art. 18 de la C.A., exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciada por los jueces naturales,

dotando de contenido constitucional al principio de bilateralidad, sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso penal.

Precisamente esta idea, la del proceso bilateral, con derecho a petición, a defensa, asegurando garantías para el ciudadano, fue tomada al momento de redactar el art. 1 de la LPA. 19.549, a lo largo de sus seis incisos, que aseguran una serie de ítems, a modo de garantías (impulso de oficio, celeridad, sencillez, plazo, interposición de recursos, debido proceso adjetivo, derecho a ser oído, derecho a producir prueba, derecho a una decisión fundada).

c) Principio de razonabilidad (art. 28 C.A.).

El art. 28 debe leerse en paralelo con la primera parte del art. 14 de la CA., en tanto establece que todos los derechos allí reconocidos, se ejercen conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. La atribución reglamentaria del Congreso Federal, es lo que la doctrina ha denominado “poder de policía”. La disposición del art. 28, funciona como un límite al ejercicio del poder de policía o competencia reglamentaria de los derechos y garantías constitucionales.

De lo dispuesto en el art. 28, se sigue una amplia garantía institucional derivada de la división de poderes, que implica controles entre todos ellos y delimita fronteras para el ejercicio de las atribuciones de cada uno de los órganos de poder.

Así como este artículo fija los límites competenciales reglamentarios del Congreso, establecido por el art. 14 de la C.A. (en tanto establece que los derechos allí enumerados se ejercen conforme las leyes que reglamenten su ejercicio), también se utiliza para fijar los límites al actuar reglamentario de la Administración. Aquí cabe tener presente, que así como el Congreso Federal cuenta con la autorización del art. 14 de la C.A., para la reglamentación de los derechos, la Administración cuenta con la autorización conferida por el art. 99 inc. 2 de la CA., el cual manda al Poder Ejecutivo (cabeza de la Administración Pública, conf. Art. 99 inc. 1 C.A.), a “...expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias“. Opera una doble valla para el actuar de la Administración al momento de reglamentar derechos, puesto que así como el Congreso no puede alterar derechos al reglamentarlos mediante las leyes que sancionan (de carácter jerárquico superior a las instrucciones y reglamentos), el Presidente, como cabeza de la Administración Pública, no puede suprimir ni agregar supuestos a la ley que desvirtúen su finalidad.

El control de razonabilidad, en términos de relación y proporcionalidad entre la norma legal y las disposiciones reglamentarias, ofrece criterios adecuados para examinar en cada circunstancia los eventuales excesos del Poder Ejecutivo.

3.6.2 - PRINCIPIOS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

El derecho administrativo argentino reguló principios propios de manera expresa, en ocasión de sancionarse la ley 19.549 (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo), así como también de su decreto reglamentario (1759/72, t.o. 1991). Para entender estos principios, debemos comprender que los mismos se encuentran en las antípodas de los normados para el proceso civil, toda vez que no se aplican los principios de adquisición y preclusión. Ello así, por cuanto dentro del proceso civil, encontramos la contraparte, y que a través de formalidades procesales, se puede cercenar el conocimiento del juzgador de la realidad de los hechos, tal cual han acontecido.

Como la finalidad del procedimiento administrativo consiste en el dictado del acto administrativo, para su cumplimiento se deben respetar ciertos principios que tienen por objetivo que, dentro del menor tiempo posible y reuniendo la mayor cantidad de información, se pueda declarar la voluntad de la Administración, no sólo en el caso del procedimiento que tuvo su origen por una presentación del particular, sino también cuando la Administración ha actuado de oficio.

Dentro de este contexto es que la Administración deberá ordenar el mecanismo procedimental para generar la decisión. Fundamentalmente nos encontramos con dos principios de los

cuales derivan los restantes, esto es, el principio de legalidad objetiva y el principio del debido proceso adjetivo, sin dejar de tener en cuenta que los principios de gratuidad, celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, así como, fundamentalmente, el de razonabilidad.

Asimismo, para entender los principios del proceso administrativo argentino, cabe señalar que el mismo nació, en el orden nacional como una garantía cierta del particular, para permitir las demandas contra el Estado. Ello así, toda vez que la ley 3.952 (de demandas contra el Estado), establecía que los tribunales federales no podían dar curso a la demanda contra el Estado nacional, sin que previamente se acreditara la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste. A su vez, ésta reclamación previa, fue la interpretación que se realizó de la manda constitucional normada por el art. 100 de la constitución histórica de 1853/60 (actual 116), artículo éste inspirado en la Constitución de Filadelfia de 1787, que produjo una curiosa situación: que el Texto Fundamental receptase el principio del derecho anglosajón de la indemandabilidad del Estado. No obstante ello, nuestra comunidad, de acuerdo con los principios que le eran tradicionales, adaptó el sistema constitucional al sistema contencioso español (dada la fuerte influencia que ejerció éste sobre nuestro derecho patrio) y creó el reclamo administrativo previo (la ley 3952 del 23 de septiembre de 1900), como una

posibilidad de defensa de los derechos del particular que, a partir de él, podía demandar al Estado nacional.

Dentro de este proceso, encontramos los siguientes principios:

- a) Principio de igualdad (art. 16 C.A.).**
- b) Principio de legalidad (art. 18 C.A.; art. 3 ley 19.549).**
- c) Principio de defensa (Art. 18 C.A.).**
- d) Principio de razonabilidad o justicia (art. 28 C.A.)**
- e) Informalismo a favor del administrado (art. 1, inc. c, ley 19.549).**
- f) Principio de instrucción (art. 1, inc. a) ley 19.549).**
- g) Principio de verdad material (art. 1, inc. F, ap. 2, ley 19.549).**
- h) Debido proceso adjetivo (art. 1 inc. F, ley 19.549).**

Los primeros tres principios, también suelen ser catalogados como “garantías sustantivas”, puesto que en realidad, surgen del Texto Constitucional, y deben ser aplicados dentro del procedimiento administrativo, en virtud de lo dispuesto por el art. 31 de la CA., pero que también las encontramos dentro de la ley 19.549.

Por el contrario, el resto de los principios (informalismo, instrucción, verdad material), suelen ser nombrados como garantías adjetivas a favor de los particulares, reglados por el derecho objetivo, e inexistentes en el plano de la actividad de los sujetos privados, donde sólo rigen las garantías judiciales.

En lo que respecta al principio del debido proceso adjetivo, es una garantía tanto sustantiva como adjetiva, puesto que la encontramos normada tanto en la propia Constitución Nacional, como en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Resumiendo, podemos decir que el procedimiento administrativo constituye el instrumento procesal por el cual el Estado cumple con su función administrativa, la que no puede desarrollarse soslayando los principios informadores que lo conforman.

1) Principio de Igualdad.²⁶³

²⁶³ SUAY RINCÓN, en su libro *el Principio de Igualdad en la Justicia Constitucional*, prologado por José Eugenio Soriano - Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1985, cita a H. HELLER: *Teoría del Estado* (México, 1983), pág. 132 y a RUGGIERO en su *Historia del liberalismo europeo* (Madrid, 1944 -traducido por C. G. POSADA-, págs. XCIII y ss.), que sostenía que de las tres revoluciones que se produjeron de 1789 a 1793, sólo la burguesa alcanzó verdadera madurez y a CERRI: *L'eguaglianza nella giurisprudenza delta Corte Costituzionale* (Milano, 1976, págs. 7 y S'5.), parte en su libro de la base de reconocer que *la idea de la igualdad de todos ante la ley que impulsó la Revolución francesa (4 bis), en uno de cuyos textos legales más importantes, la Declaración de Derechos, se proclamó que «los hombres nacen libres e iguales en derechos» y que «las distinciones sólo pueden estar fundadas en la utilidad común»*. Tuvo como prioridad que "la burguesía, una vez conquistado el poder", no tuviera entre sus prioridades la realización de la igualdad, *sino que su*

El principio de igualdad, posee anclaje constitucional, dado que lo encontramos normado por el art. 16 de la C.A. La idea de igualdad no consiste en una igualdad absoluta, sino relativa y tampoco en una igualdad de carácter aritmético, sino proporcional a la condición en que cada sujeto se halle frente al bien común susceptible de reparto.

2) Principio de legalidad.

Se basa en la exigencia de que la actuación de la Administración, se realice de conformidad con el ordenamiento positivo. La legalidad es posterior a la juridicidad y nace de ésta como su consecuencia necesaria. La juridicidad no es idéntica a la legalidad, y ésta sólo puede existir como consecuencia de aquella. El principio de legalidad se traduce en la exigencia de que el accionar de la Administración se realice de acuerdo con las normas y valores del sistema jurídico, es decir, una forma de garantía de las funciones estatales que asegura plenamente su realización.

principal intencionalidad fue incrementar las áreas de libertad individual, articulando y dotando de efectividad los derechos fundamentales contenidos en la Declaración. Que el principio de igualdad se identificaba con la igualdad de oportunidades (6) Y esta formulación sesgada resultaba perfectamente congruente con el pensamiento burgués: la acción de gobierno debía encaminarse a la protección en ciertas áreas y a la creación, en otras, del libre mercado.

La sujeción de la Administración a la ley, constituye uno de los principios capitales del Estado de derecho. El nacimiento de este postulado se debe al pensamiento revolucionario francés de 1789 que, al modificar la concepción del antiguo régimen, estableció, en sus últimas consecuencias, que la Administración pública no deriva de la emanación personal del soberano, sino que se origina en una creación abierta del derecho y que, a su vez, se encuentra sometida a una legalidad objetiva, que puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de recursos y acciones que se transforman en un haz de derechos subjetivos públicos.

Bien explica sobre el punto GARCIA DE ENTERRIA que *“esta formulación del imperio o de la soberanía de la Ley como ideal político no es más que una transposición a la teoría social del principio de legalidad del universo sobre el que trabaja el pensamiento de Occidente desde el Renacimiento y que alcanza con la física de Newton y en la Ilustración su expresión definitiva”*.²⁶⁴

Circunscripto en sus comienzos a la ley formal -emanada del Parlamento-, actualmente se ha operado su extensión a todo el ordenamiento jurídico formal o “bloque de legalidad” -leyes, reglamentos, principios generales-. Coincidentemente con ello, se

²⁶⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Revolución Francesa y Administración Contemporánea”, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 33.

ha abandonado también el concepto de que la ley era un límite del obrar administrativo, para concluir que constituye el presupuesto mismo de esa actividad; se logra así el moderno principio de la vinculación de la Administración a la ley, defendido por gran parte de la doctrina actual, que sostiene que la certeza de la validez de cualquier accionar administrativo es postulable en la medida en que pueda referírsele a un precepto jurídico, o que, partiendo de un principio jurídico, se derive de él -como cobertura legal- la actuación administrativa.

Del principio de legalidad, se deduce como lógica consecuencia el principio de jerarquía normativa, por el cual la Administración no puede derogar regulaciones normativas producidas por el Congreso (puesto que la ley formal, es jerárquicamente superior a la actividad normativa material de la Administración y la actividad administrativa resulta, en consecuencia, sub-legal). Algo de toda lógica, si se entiende que la competencia administrativa proviene de una norma o ley formal, que es la que le confiere poderes para actuar; para un obrar determinado. La exigencia primaria del principio de legalidad reposa en la necesidad de una previa atribución de potestades por el ordenamiento, para que la Administración pueda actuar.

El principio de legalidad es la esencia del Estado de derecho, puesto que implica que la Administración no puede contrariar a una norma jurídica vigente. Así se concibió esta idea por los

juristas alemanes, como von Möhl, en las primeras décadas del s.XIX en Alemania (“Rechstaat”).

3) Principio de defensa (o debido proceso adjetivo).

Según lo establece la LPA., uno de los requisitos generales a los que deben ajustarse las normas de procedimiento administrativo es el respeto del derecho de los interesados al “debido proceso adjetivo”, configurado con los elementos descriptos por su art. 1 inc. F).

A su vez, el art. 7 inc. D) de la ley citada, contempla como un requisito esencial del acto administrativo, el cumplimiento de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que surjan implícitos del ordenamiento jurídico, cuando el acto a dictar, pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.

Es conveniente no identificar el requisito esencial “procedimientos”, enunciado por el art. 7 inc. D) de la ley, con el “debido proceso adjetivo” regulado por el art. 1 inc. F) de la misma norma en tanto reglamentación procesal administrativa de la garantía de defensa consagrada por el art. 18 de la C.A.

El concepto que corresponde afirmar en un Estado de Derecho es el del “debido procedimiento previo a todo acto administrativo” del cual el “debido proceso adjetivo” constituye sólo una manifestación especial. El particular, no sólo se defiende frente al accionar de la Administración, pues también colabora

con ella en la gestión pública, e intenta acceder en condiciones igualitarias a la distribución de los fondos públicos, mediante procedimientos garantizadores no sólo de su propio interés, sino también de la legalidad y eficacia del accionar administrativo.

El incumplimiento grave del debido procedimiento previo a todo acto administrativo -en el cual procede incluir al debido proceso adjetivo como especie- debe ocasionar la nulidad absoluta del acto pertinente.

Es decir que el actuar de la Administración, debe sobrepasar un doble vallar: 1) la validez del procedimiento administrativo (lo relatado, esto es garantizar el cumplimiento de los “pasos” dispuestos por el art. 1 inc. “F”); 2) la validez del acto administrativo en si (acatar lo dispuesto por el art. 7 inc. “D”, esto es ser dictado por autoridad competente, sustentarse en los hechos y antecedentes de la causa, objeto cierto y física y jurídicamente posible, motivado y en cumplimiento de una finalidad.

4) Principio de razonabilidad.

Como dijimos anteriormente, este principio - muy trabajado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sobre todo a partir de la célebre obra de Juan Francisco Linares²⁶⁵ - se funda en

²⁶⁵ LINARES, Juan Francisco, Razonabilidad de las Leyes, 2da ed., Astrea, Buenos Aires, 1970.

los arts. 28 y 99 inc. 2 de la C.A., al disponer que los derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio, y que el Poder Ejecutivo tiene el deber de no modificar el espíritu o la esencia de la letra de las leyes con excepciones reglamentarias. En el orden de la realidad administrativa, se reconoce -art. 7 inc. F)- que las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a su finalidad. Ello así, puesto que donde no hay proporcionalidad, tampoco hay razonabilidad.

5) Principio del informalismo a favor del administrado.

Por este principio, se apunta a que el trámite, o las actuaciones administrativas deben juzgarse con amplitud de criterio a favor del administrado. La ley ha estatuido expresamente este principio, al excusar a los interesados de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas con posterioridad. Cabe aclarar que esta informalidad rige para el particular, más no para la Administración, que no puede eludir facultades regladas (ver lo desarrollado en “principio de debido proceso adjetivo”).

Autores como COMADIRA, prefieren hablar de “formalismo moderado”, puesto que no alcanzan a concebir un procedimiento sin formas. Así, el informalismo no sería inexigibilidad de formas,

sino sólo relativización de ellas en beneficio inmediato de los administrados, siempre que no sean esenciales, ni afecten el interés público o administrativo, ni a derechos de terceros, en la convicción de que las formas, tienen en el Derecho Público un rol tuitivo no sólo del interés particular, sino, también del propio interés público.

Aquí cabe tener presente que el administrado no es un litigante, así como tampoco la Administración es un tercero -al estilo de un juez- llamado a decidir acerca de sus derechos, y que el particular desde su petición, colabora con la autoridad administrativa, en el esclarecimiento tanto de los hechos, como del derecho peticionado.

6) Principio de Instrucción

Por este principio se apunta a que la obtención de las pruebas, certificación o averiguación de los hechos, corresponda no sólo a la parte interesada, sino que también debe ser efectuado de oficio por la Administración.

Téngase presente que oficialidad significa que, en principio, corresponde a la autoridad administrativa adoptar los recaudos conducentes a la impulsión del procedimiento, hasta el dictado del acto final, y asimismo, desarrollar la actividad tendiente a reunir los medios de prueba necesarios para su adecuada resolución.

Este principio tiene expreso reconocimiento en el art. 1 inc. A) de la LPA.

La oficialidad no implica que la Administración Pública esté obligada, siempre y en todos los casos, a proveer a la impulsión e instrucción oficiosa, porque existen, ciertamente, supuestos en los que el procedimiento responde al sólo interés privado, sin que concurren, simultáneamente, circunstancias particulares o interés administrativo o público que justifique la actuación oficiosa de la autoridad administrativa. Así, por ej., la LPA regula la caducidad de instancia (art. 1 inc. E, ap 9). A fin de no caer en contradicciones, la LPA establece los supuestos en los que no rige la caducidad de instancia (por ej. trámites previsionales) y en donde, por ende, la inactividad del particular no genera la extinción del procedimiento. En definitiva, un principio que no es absoluto.

7) Principio de la verdad material.

En este principio, puede verse claramente los distintos objetivos que rigen el proceso judicial del proceso administrativo. Mientras en el primero, el juez tiene que ceñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo que ellos hayan sido o no alegados y probados por el particular. Ello, por cuanto la decisión administrativa no puede depender de la voluntad del particular de

no aportar las pruebas del caso. Así, la Administración debe ajustarse a hechos o pruebas que sean de público conocimiento, que estén en su poder por otras razones; que obren en expedientes distintos, etc.

Esta prevalencia de la verdad jurídica objetiva se agudiza cuanto más intensa sea la actividad de la Administración de que se trate. En materia ambiental, por ejemplo, resulta de capital importancia a fin de auscultar la “sustentabilidad” de los planteamientos que se realicen.

3.6.3 - OTROS PRINCIPIOS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

A modo de conclusión, también podemos señalar como otros principios del procedimiento administrativo, a) el principio de gratuidad; b) de concentración, celeridad²⁶⁶, sencillez y eficacia en los trámites.

²⁶⁶ Este principio ha sido desarrollado por el Dr. RIVERO ORTEGA, en el Marco del Proyecto de investigación “Nuevos Modelos y Métodos de regulación y gobernanza (DE 2008-03266/JURI) y compilado por el Dr. Santamaria Pastor en “Los Principios Jurídicos del derecho Administrativo” ob cit pág. 981 y sgtes. El autor encuadra acertadamente esta problemática dentro de la difícil cuestión del tiempo en el Derecho. Ver sobre el tema BARSHACK, Lior, “Time and the Constitution”, en “International Journal of Constitutional Law” num.4 vol.7, Octubre de 2009, New York, p. 553. Hasta las declaraciones de invalidez constitucional pueden mutar con el tiempo. V. SAGUES, Néstor P., “Notas sobre las inconstitucionalidades evolutivas, a propósito del territorio marítimo de las provincias”, “Jurisprudencia Argentina” Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2011-IV, p. 29.

Al asegurar la gratuidad del procedimiento administrativo (a), se busca que el administrado colabore en el control del ejercicio de la función administrativa. Lo que el principio apunta a proteger, es que el normal actuar del particular, con referencia a la Administración, no implique un cercenamiento a su facultad de impugnar las decisiones que de ella emanan a través de un arancel que pudiera llegar a constituir un obstáculo al control que debe ser realizado.

Por el principio de concentración (b), se tiende a reunir en una actuación la mayor cantidad de actos para evitar el dispendio de la actividad administrativa y del particular, a través de la implementación de la economía, sencillez y eficacia en los trámites. Lo encontramos normado en el art. 1 inc. B) de la LPA.

Sin duda que estos principios, apuntan a la racionalidad en el empleo del tiempo, de los medios y en la configuración de las formas.

Rivero Ortega²⁶⁷ , entiende que *“El derecho Administrativo, regulador de la actividad de la Administración y sus plazos, ha de ponerse a la altura de las circunstancias de la sociedad tecnológica. Al igual que evolucionan las instituciones como el acto, el reglamento o el órgano administrativo, reflejando las*

²⁶⁷ Ob cit pág. 983, citando los trabajos de Maria Ángeles DURAN “El valor del Tiempo” y de Javier Barnez Vázquez “ La transformación de procedimiento administrativo”.

*nuevas realidades y exigencias, también debe actualizarse el régimen de tiempos, partiendo de la consideración del principio de celeridad como directriz clave del procedimiento“.*²⁶⁸

El procedimiento administrativo no puede erigirse en un obstáculo a la gestión del bien común, porque es la esencia, el elemento ordenador y sistematizador de la actividad estatal encaminada a su gestión directa e inmediata. *Pero tampoco es posible concebir la eficacia al margen de la juridicidad,* puesto que la antijuridicidad es una variante de la ineficacia, que demuestra la frustración del actuar administrativo en el cumplimiento de su misión.

3.7. - LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS DEL DERECHO ESPAÑOL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO COMUNITARIO.

El cambio ideológico-jurídico fundamental en la Europa continental es el reconocimiento de supremacía de la Constitución. En ello ha tenido una influencia notoria el sistema de los EE.UU., como se constata en la ley fundamental de Bonn, que importó a España en una enmienda al proyecto de ley para la

²⁶⁸ La celeridad, conforme expresa Vicenc AGUADO I CUDOLA en el “Silencio Administrativo e Inactividad” –Marcial Pons- Madrid 2001, pág. 37 citando a Bacigalupo Saggese, “*puede afectar tanto a la eficacia en su sentido más amplio como sobre todo a la eficacia en cuanto influye también la eficiencia.*”

reforma política, incorporada después al art. 9,1 de la vigente Constitución: “...*Los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. El poder constituyente, como hacedor de la Constitución, es la expresión originaria de la voluntad popular. Los demás poderes, entre ellos el Legislativo o el denominado Ejecutivo son poderes constituidos, como otros reconocidos como tales, además de los tres tradicionales de la teoría de la separación de poderes.

El punto de arranque fueron los derechos fundamentales de la persona. Como luce en el art. 53 de la CE., vinculan a todos los poderes públicos. La ley y sólo la ley podrá regular su ejercicio; pero la ley en todo caso deberá respetar su contenido esencial. La ley se encuentra limitada por esos derechos, reconocidos por el poder constituyente. Los derechos no operan esencialmente en el marco de la ley, sino ésta en el de aquellos. La ley está sometida al control del Tribunal Constitucional, ha perdido la omnipotencia normativa.

Desde esta perspectiva es que habrán de interpretarse diferentes expresiones contenidas en la CE., cuya redacción ofrece un cierto sincretismo, en el que se reconoce lo que es recepción de construcciones tradicionales y la nueva realidad constitucional. En ese sentido, el principio de legalidad, que figura en el art. 9.3 de la Constitución, ha de ser interpretado a la luz de otras expresiones. Al referirse a la Administración Pública, el art.

103.1 dice que actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. También aquí hubo una importación de Alemania, y una influencia de la exposición de motivos de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 con su alusión a los principios generales del Derecho. La ampliación de un concepto estricto de legalidad se evidencia en el art. 106, al referirse al control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa.

En el citado artículo se refiere el mismo control de la potestad reglamentaria que, por su ubicación, puede englobar no sólo la ejercida por el Gobierno en la formulación tradicional recogida en el art. 97, sino también, como se tratará más adelante, por la Administración. En otras palabras, el principio de legalidad habrá de entenderse, en este caso, no como necesidad de habilitación o delegación expresa de la ley, sino como conformidad a la ley que no invada lo que a ella está reservado y al Derecho.

En ese contexto ha de entenderse la potestad normativa de comunidades autónomas dotadas de autonomía política y de las corporaciones locales con autonomía administrativa, para establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes (art. 123.2).

3.7.1 - LA SOBERANÍA JURÍDICA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO COMUNITARIO. IMPLICANCIAS PARA LA ADMINISTRACIÓN

La creciente internacionalización de las relaciones de los Estados ha puesto en cuestión la tradicional soberanía de la ley estatal. Ciertamente es que los Parlamentos o las Cortes Generales han de autorizar el consentimiento del Estado para obligarse mediante tratados o convenios que supongan modificaciones o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1, c) C.E.). Pasan a formar parte del ordenamiento jurídico, pero su relevancia se evidencia en que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (art. 96).

La limitación que para la ley supone el respeto del contenido esencial de los derechos y libertades, a que se refiere al art. 53.1, se encuentra reforzada por el mandato contenido en el art. 10.2 de que se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Tal es la supremacía del tratado internacional, que si contiene estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional (art. 95.1). Así ha sucedido para permitir que los ciudadanos de la Unión Europea puedan ser electores y

elegibles en elecciones locales. Por esa razón se prevé que el Gobierno o cualquiera de las Cámaras, Congreso de los Diputados o Senado, puedan requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no contradicción (art. 95.2).

Siguiendo un informe del Consejo de Estado, el Gobierno de España solicitó tal declaración con motivo del proyecto de Constitución europea. El Tribunal Constitucional, por mayoría, con tres votos particulares en contra, declaró que no era necesaria la reforma de la Constitución, entendiendo que habrá suficiente cobertura en el art. 93, según el cual es suficiente una ley orgánica para autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

La integración en la Unión Europea constituye otra muestra de la pérdida de la soberanía de la ley. En realidad, la expresión entraña un eufemismo: el de la ley como expresión de la soberanía del Estado. Parte de ella se transmite a la Unión Europea. Con base en la adhesión a la Comunidad Económica Europea, en virtud del correspondiente tratado, el Estado español ha aceptado al euro como moneda corriente, una de las tradicionales competencias reveladoras de la soberanía desde Bodino en adelante.

La supremacía del Derecho comunitario sobre el interno de cada Estado ha sido declarada tempranamente por la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE (así los casos “*Van Gend an Loos*”y “*Costa v. ENEL*”). Al instituirse una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias y capacidad de representación internacional dotada de poderes nacidos de una autolimitación o una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, han limitado definitivamente sus derechos soberanos y, para lo que aquí interesa, han creado un cuerpo de Derecho común, un “*lus Publicum Aeropeum*” en palabras de Peter HÄBERLE, quien adicionalmente sostiene que “*en el proceso de constitucionalización de Europa la presencia de un espacio público es absolutamente imprescindible*”²⁶⁹. La consecuencia jurídica es que ese Derecho es aplicable a los Estados de modo directo y éstos no pueden hacer prevalecer una medida unilateral posterior que vaya en contra de lo allí normado.

Los Reglamentos de la Unión Europea se aplican directamente en cada uno de los Estados miembros. Las Directivas son de obligada incorporación o transposición en cuanto a su resultado, aunque incumba a los Estados la elección de la forma y los medios. En ese sentido, a ellos corresponde la distribución competencial entre ley y reglamento.

²⁶⁹ HÄBERLE, Peter, “Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar”, Lima, Palestra, 2004, p. 76.

La no transposición de una Directiva o su transposición incompleta²⁷⁰ no impide su aplicación en el Estado miembro incumplidor, que puede ser sancionado por ello o por el retraso en la transposición, ni su invocación ante los tribunales del Estado.

Por el contrario, otros procesos de integración muestran una marcada tendencia a la intergubernamentalidad. Sin embargo, ello no implica que no busque permanentemente la eficacia. En palabras de Miguel Ángel MAITO, *“la eficacia de los procesos de integración se relaciona en forma estrecha con la profundidad y alcances de los objetivos que aquellos plantean desde el inicio de su constitución y lanzamiento y la estructura institucional y reglas de producción, sanción y vigencia de normas que los mismos definen como necesarios para el logro de dichos objetivos”*²⁷¹.

3.7.2 - EL PROCESO DE PRODUCCIÓN NORMATIVA EN EL DERECHO COMUNITARIO. SU IMPLICANCIA PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Desde una teoría general del Derecho, tratados, ley y reglamento son normas; también la Constitución tiene naturaleza

²⁷⁰ Esta problemática, absolutamente crucial en la actual arquitectura europea, es tratada, *inter alios*, por RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: problemas de su transposición en España”, en “REVISTA DE ESTUDIOS LOCALES”122, julio/agosto de 2009, p.8 y ss.

²⁷¹ MAITO, Miguel Ángel, “Reformulación de las instituciones para la eficacia del MERCOSUR en la integración económica”, Buenos Aires, La Ley y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2011, p. 69.

normativa. Constituyen un ordenamiento jurídico integrado armónicamente y regido por los principios de competencia y de jerarquía, según sus elementos. Sus destinatarios, en definitiva, de un modo más o menos directo, son los ciudadanos, que dan sentido a esa organización racional de convivencia que se llama Estado u organizaciones equivalentes de ámbitos menos o más amplios.

Común a toda la creación del derecho, diría Kelsen, es el continuo paso de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto; pero lo peculiar del ámbito regido por el Derecho administrativo en el que opera el reglamento es el alargamiento de la cadena que va de la norma más genérica a la resolución o acto individual. Puede decirse que, así como en el Derecho civil está por una parte la ley y por otra parte los actos de los particulares, en el Derecho administrativo hay toda una concreción sucesiva de normas a la que corresponde igualmente una sucesión de actos.

En el Derecho administrativo, la regulación del supuesto de hecho no se hace siempre de golpe, sino a base de una graduación sucesiva de normas, ordenadas según un criterio de mayor concreción. Esta concreción gradual de las normas da lugar a un fenómeno que puede ser visto desde dos perspectivas: *la integración sucesiva de la norma; o la escisión de la norma en distintos elementos.*

La norma, entendida genéricamente como formulación hipotética que a la previsión abstracta de un supuesto de hecho liga unas consecuencias, no siempre se manifiesta externamente de una vez. No siempre la norma administrativa del reglamento aparece encapsulada en una disposición única. Es preciso reconstruir la regla, uniendo distintas disposiciones de concreción gradualmente distintas.

La norma, entendida como regla jurídica completa, aparece así escindida en varias disposiciones; o lo que es lo mismo, algunos de sus elementos tienen carácter y entrada normativa. No son aplicación de la norma, sino desarrollo de la misma. Son elementos integrantes de la norma; aunque desgajados de ella, la completan, a pesar de su concreción, que podría inclinar a privarles de su carácter normativo.

La existencia de estos elementos normativos desgajados no es una explicación artificiosa; obedece, por el contrario, a un modo natural de proceder que está caracterizado por la garantía de la seguridad jurídica y la economía o estrategia en la producción normativa. Para evitar que cambien los fines, cambian los medios; para evitar que toda la norma cambie, se cambian determinados elementos de la misma.

Es una técnica más, como la *extensio legis*, o el reenvío recepticio que posibilita a la Administración seguir el proceso de la dinámica socio-económica sin aumentar innecesariamente el

cambio normativo. Que es posible la existencia de elementos normativos desgajados, que en sí mismo no tienen un completo sentido, se comprueba porque hay normas cuya finalidad no es regular un supuesto de hecho, sino interpretar, aclarar, definir los términos de otra norma. Su valor, justamente, le viene de su unión con la norma a la que completan. Por eso, la jurisprudencia las ha calificado en más de una ocasión como normas complementarias y no actos de aplicación.

Esta reflexión teórica tiene importantes consecuencias prácticas en orden al procedimiento de elaboración y al de su control jurisdiccional.

A modo de reflexión, podemos concluir que nuevas realidades han puesto de manifiesto que el Estado democrático y social de Derecho, opera fuerte y crecientemente condicionado por vínculos supraestales, lo que obviamente impacta en el actuar de la Administración Pública y en sus principios.

El carácter democrático requiere no sólo representación, sino también participación, de modo que el proceso de elaboración de las normas reglamentarias no sea de exclusiva potestad unilateral. Por otra parte, el carácter social reclama que los derechos sean reales y efectivos. De ahí la legitimidad real de la norma reglamentaria en el ordenamiento jurídico.

El mito de la ley soberana ha sido superado. Su lugar lo ocupan los derechos fundamentales de la persona, su dignidad y libertades, entendidas de acuerdo con un consenso, que ha de ser aceptado por los Estados si quieren estar integrados en una comunidad internacional. Los poderes constituyentes, al incluirlos en la Constitución, reconocen su valor metaconstitucional.

No parece razonable, por tanto, fosilizar la realidad en categorías cerradas, con el peligro de quedar atrapados en las mismas. No ha de pretenderse tampoco estirar tanto las categorías que pierdan su razón de ser originaria. O transplantarlas de un Estado a otro desvinculándolas de sus raíces. Los ordenamientos constitucionales de los diferentes Estados ofrecen un muestrario significativo de importaciones innecesarias, cuando no impropias, que responden a trayectorias históricas diferentes.

Situar la ley y el reglamento en la teoría de las fuentes del Derecho, no deja de ser un convencionalismo que semeja una metáfora. En esa tradicional forma de presentación hay, quizá, un cierto arrastre de lo que se han denominado fuentes del derecho privado: ley y costumbre, como expresión de Estado y sociedad.

Ley y reglamento son resultado del ejercicio del Poder²⁷². En sus diversas manifestaciones y concreciones es origen del Derecho, que conlleva una autolimitación para el propio poder. Más que añorar por lo que el tiempo se ha llevado es preciso asegurar la legitimidad del ejercicio del poder.

Tarea fundamental y permanente es prever que las distintas instancias de poder sirvan al interés general con eficacia y de conformidad con criterios de justicia, en lo que derechos fundamentales y principios generales de Derecho juegan un papel esencial. A ese objetivo ha de orientarse la potestad normativa del Estado.

3.8. - EL PROBLEMA DE LOS PRINCIPIOS COMO FUENTE DEL DERECHO. SU IMPLICANCIA PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

La admisión de los principios generales como fuente del Derecho está fuera de duda porque a ellos se refiere el Código Civil Español en el art. 1.4: *“los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”*.

²⁷² Sobre las vinculaciones entre ley y reglamento en la génesis del Estado constitucional posterior a la Revolución Francesa, ver BILBAO, Juan María; REY, Fernando y VIDAL, José Miguel, “Lecciones de Derecho Constitucional I”, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 133 y ss.

En España entonces, ha sido el legislador el que les ha dado vida positivizándolos, hasta el punto de que, incorporados en su mayor parte al Derecho escrito, puede dudarse que exista alguna posibilidad, para el intérprete, de realizar formulaciones diversas de algún interés.

3.8.1 - SU TRASCENDENCIA

a) Consideraciones generales

En el derecho administrativo confluyen, con mayor o menor intensidad, los elementos normativos del sistema jurídico, los valores que dan contenido justo a la aplicación e interpretación del derecho junto a los datos de la experiencia que refleja la realidad social a través del comportamiento de las normas, tanto en la jurisprudencia como en la práctica o costumbre. De ahí la trascendencia que revisten los principios generales en cuanto ellos reafirman sus funciones aplicativas e integrativas para hallar la solución justa en un caso determinado mediante la técnica llamada típica (originaria del derecho romano y revalorizada por la ciencia jurídica alemana y española del siglo pasado).

El progreso de la ciencia jurídica del derecho público, particularmente del derecho administrativo a partir de la mitad del siglo XX, ha sido tan espectacular como incesante. Encontramos que en la mayor parte de las obras hay una recurrencia a los

principios generales del derecho, constitutivos del fundamento o causa del ordenamiento jurídico administrativo, incluidos los principios que están en la base de las instituciones administrativas.

Ese renacimiento de los principios implica reconocer que ha habido, en forma consciente o inconsciente, una huída masiva del positivismo y de las técnicas puramente deductivas de interpretación de las normas y, por más que algunos sigan postulando una concepción estrictamente positivista del derecho, lo cierto es que, los principios de la justicia, o si se quiere del derecho natural, han socavado los cimientos de la pirámide kelseniana, ya que ellos existen, se desarrollan y se aplican con independencia de las normas positivas. Más aún, muchas veces, los principios generales representan un freno que cumple la función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos.

En cierto modo, el derecho administrativo puede describirse partiendo de una cadena formada por principios generales que se encuentran en la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido permitiendo concretar, en caso de lagunas, la obra legislativa. Pero no existe, en realidad, un dualismo entre Derecho Natural y Derecho Positivo, sino más bien que el primero sufre un proceso de conversión jurídica por su incorporación a

fórmulas técnicas que se configuran típicamente en función de los problemas concretos. Precisamente, esta conversión de los preceptos absolutos del derecho natural en criterios técnicos es lo que se expresa en el concepto de “principios generales del Derecho”.

La característica de principalidad que poseen los principios en el mundo del derecho plantea una serie de problemas que van desde su articulación con el derecho positivo, la dimensión de peso o importancia que cabe asignarles a cada uno de ellos en su aplicación recíproca hasta el desarrollo de nuevos principios, como producto de las exigencias de una justicia que funciona en el marco de una cambiante realidad social.

Ese dinamismo potencial, que es propio de los principios generales del derecho, corre parejo con las peculiaridades del derecho administrativo como derecho en formación, que siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora sus soluciones.

Esa elasticidad que muchos llegaron a predicar del derecho positivo, cuya potencia normativa se consideraba prácticamente interminable, es la que cabe reconocer a los principios generales del derecho. Pero hay que advertir que esa aptitud para expandirse no lleva en sí la idea de cambio constante, sino la de la permanencia de los principios e instituciones fundamentales, más allá de su adaptación a una realidad en continuo movimiento.

Esto se ve claro en la evolución que se ha operado en el derecho administrativo francés y es lo que ha llevado a Rivero a sostener que el Consejo de Estado, consciente de que la seguridad jurídica no podía hallarse sino en la continuidad del derecho, ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando enérgicamente que la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes.

Frente a esta problemática, la función que el juez desempeña es la de mantener el equilibrio social a través de las diferentes formas de justicia, cuya realización se alcanza utilizando el mayor margen de libertad que le permite la recurrencia a los principios generales del derecho, incluso para construir nuevas soluciones jurídicas no previstas en el ordenamiento.

b) Peculiaridades de los principios generales en el derecho administrativo.

El derecho administrativo es, sin duda, el terreno más fértil y propicio para la aplicación e integración de los principios generales del derecho. Así, se desprende de su propia naturaleza como rama no codificada, ni codificable en su totalidad que, en sus orígenes y aún hoy en algunos de los principales países de Europa, es de creación eminentemente pretoriana. Esto explica, de algún modo, la trascendencia del papel que cumplen los

principios generales y su contribución a forzar la coherencia del orden normativo, así como su utilidad para llenar las lagunas del derecho.

Es curioso observar ahora, el hecho de que el derecho administrativo no haya perdido el rumbo frente a la profusión de leyes y reglamentos que lo asediaba (situación común ésta a España y la Argentina) y haya podido elaborar un conjunto orgánico de principios que permiten resolver los innumerables y novedosos problemas prácticos que plantea el obrar de la Administración Pública.

Ello ha podido acontecer por la gravitación prácticamente universal que han tenido y tienen los principios generales del derecho en el derecho administrativo el cual, además de ser un derecho de equidad que acude frecuentemente a la corrección del rigorismo excesivo de la ley con fórmulas que contienen los criterios de justicia que demanda el caso particular, exalta y potencia el papel del juez en el proceso de creación del derecho.

A la vez, el crecimiento doctrinario que operó en el derecho administrativo de este siglo contribuyó a consolidar un movimiento jurídico orientado hacia la observancia de los principios comunes a todo el ordenamiento, en la medida en que su aplicación sea compatible con las relaciones de derecho público que vinculan a la Administración con los particulares.

El aumento de la intervención de la Administración en todos los ámbitos de la vida hacen que, como ha dicho García de Enterría, la única posibilidad de una garantía individual y social efectiva frente a los formidables poderes de esta naturaleza de la Administración de hoy está en la técnica de los principios generales del Derecho.

El derecho administrativo -como no podía ser de otra manera- no posee ni ha poseído nunca una existencia aislada e independiente y ha constituido siempre una porción del ordenamiento jurídico de cada época histórica, manteniendo con las otras ramas jurídicas relaciones de jerárquica y subordinación, como sucede con el derecho constitucional, o bien relaciones de interferencia, como es el caso de sus vínculos con los derechos civil y comercial.

Al reconocerse que el derecho administrativo constituye el derecho común de la Administración Pública, sus relaciones con el derecho civil se plantean, a partir de ese reconocimiento, en el ámbito de dos disciplinas sustantivas de similar autonomía científica, como resultado de un proceso que condujo a desplazar el carácter excepcional y exorbitante que poseía el derecho administrativo de los primeros tiempos, reemplazándolo por un régimen, propio y típico, que se abastece e integra por principios y normas que son peculiares del derecho público.

Sin embargo, aparte de que la afirmación precedente no veda las continuas relaciones de interferencia y contacto con el derecho privado, ni tampoco impide la recurrencia a la analogía como técnica de interpretación o aplicación del derecho, es evidente que hay un fondo común conformado por el conjunto de los principios generales del ordenamiento, los cuales, al fundarse en el respeto de la persona humana o en la naturaleza de las cosas, encierran, como apunta Rivero, la concepción del derecho natural.

Durante muchos años se sostuvo como un triunfo de la ciencia jurídica, a partir de las enseñanzas de la escuela histórica alemana, haber desterrado de ella el derecho natural. Pero esta afirmación, que aparece reiterada en las diferentes versiones de las escuelas filosóficas posteriores al positivismo historicista, no se ajusta a la realidad que exhibe el desarrollo del pensamiento jurídico recogido en los códigos que se dictaron en esa época, los que incorporaron criterios propios del derecho natural racionalista de la etapa precedente. Por eso pudo advertir uno de los grandes juristas de la escuela histórica como fue Gierke, que el derecho natural experimenta en realidad una victoria material por obra de la escuela adversa, después de su ruina formal.

Ahora bien, el auge de los principios generales del derecho en el derecho administrativo obedece al abandono, o al menos la morigeración, de los presupuestos ideológicos de la Revolución

Francesa, en que se apoyó el derecho europeo del siglo XIX, al preconizar la primacía de la ley escrita, cuya autoridad se fundamentaba en la voluntad de la Nación formulada por los representantes elegidos por el pueblo, quienes poseían así un verdadero monopolio para la emisión de las reglas del derecho. En ese marco, el papel del juez debía limitarse forzosamente a la aplicación e interpretación de las normas, sin intervenir en el proceso de creación del derecho.

Pero esa confusión entre ley escrita y regla de derecho, que no admitía otro origen que el legislador positivo, fue quebrada por construcciones provenientes de diversas fuentes formales y de la propia realidad y sin que pueda afirmarse absolutamente que este proceso se encontró signado por alguna escuela filosófica determinada no puede dejar de señalarse que permitió, aún en pleno auge del positivismo, el retorno al principio según el cual el derecho es, siempre, el objeto de la justicia.

La primera quiebra de aquellos presupuestos ideológicos la ocasionaron los Códigos que, como el de Austria, el de Argentina, y el de España, asignaron a los principios generales del derecho o principios del derecho natural el rango de fuentes del derecho. Sin entrar al análisis de si se trata o no de una fuente subsidiaria o principal, no puede ignorarse que la aplicación conjunta del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y del deber de fallar impuesto a los jueces implicó una revalorización del papel

de éstos en la formación del derecho en los supuestos de carencia de norma escrita que resolviera la cuestión, dando pie al regreso del derecho jurisprudencial, el cual, por esa puerta, pasó a convertirse, otra vez, en fuente del derecho.

No menos importante fue la incidencia que en este proceso tuvo la evolución operada en el seno del derecho administrativo el cual, al carecer de normas orgánicamente codificadas, hizo imposible que se extendiera al mismo la técnica de generalización creciente de las normas positivas, limitándose al propio tiempo la función de la analogía a la aplicación de preceptos, previa adaptación con los principios que rigen cada institución administrativa.

Por otro lado, la primacía de la ley formal y material se debilitó también debido al reconocimiento al Poder Ejecutivo de la potestad de dictar reglamentos con valor de ley, lo cual, junto a la remisión a la equidad natural para corregir la injusticia o desactualización de la norma aplicable al caso, condujo a una intervención más activa de los jueces en el proceso de creación del derecho. A partir de allí, los principios generales pasaron a constituir el fundamento de las decisiones comenzando a operar como límites del poder reglamentario.

A todo ello cabe apuntar que, hallándose enfrentado el mundo contemporáneo a un creciente proceso de globalización y consecuente internacionalización de las normas jurídicas, el rol de

los principios aparece potenciado de cara a la necesidad de brindar la seguridad jurídica para que todos los operadores puedan encontrar soluciones coherentes y fácilmente localizables que les permitan encontrar una referencia estable del razonamiento jurídico, a veces, incluso, detrás de las soluciones parciales de los litigios.

Como expresa el Dr. Cassagne²⁷³, *la globalización, aún cuando limitada y sectorial , puede originar una fuente de legalidad de carácter transnacional susceptible de incidir en distintos aspectos de las relaciones entre los particulares, las instituciones internacionales y los Estados adheridos a esa nuevas formas de producción normativa . Tal es la situación que generan los llamados Acuerdos de Integración Comercial y Económica.*

En todo este proceso, gran parte de los principios generales del derecho natural se incorporaron al derecho positivo de las constituciones modernas. Es lo que ha ocurrido con los principios que recogen la Constitución Argentina y Española, que son fuente primaria del derecho administrativo, la mayoría de cuyas instituciones encuentran su directo fundamento en los principios que emergen del preámbulo y del articulado Constitucionales.

²⁷³ Como postula Juan Carlos CASSAGNE “*El Principio de Legalidad...* ob cit Marcial Pons 2009. pág. 144, refiriéndose a las instituciones internacionales del llamado “*espacio administrativo global*” en el que rigen normas de aplicación en determinado sector de la economía internacional.

3.8.2- LA INSERCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO NATURAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Durante algún tiempo, la negación del derecho natural fue la regla. Los juristas fueron cambiando su actitud, al admitir la aplicación de los principios del derecho natural como fuente subsidiaria para suplir las lagunas de la ley, prosiguiendo con el reconocimiento de su carácter informador del ordenamiento hasta culminar, como en el modelo francés, aceptando que se trata de una fuente autónoma y directa del derecho administrativo, conforme a la elaboración jurisprudencial.

La negación de los principios generales del derecho como fuente del derecho continúa siendo afirmada por aquellas concepciones que consideran a la justicia y a la moral como nociones metajurídicas que se hallan fuera del derecho o que éste sólo surge de la conducta o del consenso de la comunidad. Si esto último fuera cierto, cabe preguntarse si sería válida una norma que legitime los enriquecimientos de los funcionarios públicos producidos por exacciones ilegales o cohechos y que los jueces apliquen esa norma sobre la base de que dicho principio es el querido y aceptado por la comunidad en una determinada circunstancia histórica. ¿No constituiría esa norma un supuesto de ilegitimidad por contrariar un principio de la justicia natural según el cual no es lícito obtener de los delitos enriquecimiento alguno?.

En el proceso de ruptura de las premisas y axiomas del positivismo jurídico ha sido indudablemente FINNIS²⁷⁴ uno de los autores que ha revalorizado al iusnaturalismo, actualizándolo a la luz de su tradición y mostrando la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas. Porque volvió a poner sobre la mesa cuestiones como la unión de las valoraciones morales en último término y las descripciones en las ciencias sociales, junto a la necesidad de explicar el derecho positivo en el contexto de la razonabilidad práctica y de los fines básicos del orden moral.

Esta renovación del pensamiento iusnaturalista procura una nueva formulación de un objetivismo ético-jurídico que se apoye básicamente en la verdad y que se abra a la naturaleza de las cosas humanas con el objeto de alcanzar una fundamentación fuerte del derecho y de las instituciones políticas, es decir, la de suministrar una justificación racional de su obligatoriedad y exigibilidad.

La causa del verdadero descrédito del derecho natural no obedece al hecho de haberlo basado en la primera verdad del

²⁷⁴ John Mitchell FINNIS, es considerado como el principal exponente actual del ius naturalismo en el mundo anglosajón. Los días 24 y 25 de noviembre 2011 se realizó el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho en homenaje a él, organizado por la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana de la Facultad de Derecho de la UCA y la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. El Congreso fue inaugurado y clausurado por John Finnis.

hombre que es Dios, sino a la utilización del método axiomático y deductivo, por el que se pretendía extraer de cada axioma una cadena de consecuencias a través de la deducción. Este método resulta opuesto al llamado tópico que llegaron a utilizar los romanos, el cual ha sido revalorizado en este siglo por la ciencia jurídica alemana. Su criterio central se asienta en un proceso analítico que procura hallar respuestas a problemas concretos mediante el empleo de un repertorio de *topoi* o lugares comunes revelados por la experiencia.

Es que, como apunta GARCIA DE ENTERRIA²⁷⁵, aún cuando el derecho natural se asiente en el *primum verum*, su efectividad en el derecho positivo no actúa destruyendo las estructuras típicas en que éste se concreta sino precisamente insertándose en ellas y funcionalizándose dentro de sus propios esquemas técnicos. Ya sea mediante la adición, el complemento y la incorporación de matices que el pensar jurídico ha obtenido típicamente en función de los problemas.

El profesor RONALD DWORKIN, que sucedió a HART en la cátedra de Oxford, si bien no se enrola en las clásicas concepciones del derecho natural, ha emprendido, desde las entrañas mismas del positivismo jurídico inglés, uno de los

²⁷⁵ Ob cit . *Problemas del derecho público* Civitas. Madrid .2001.

ataques más serios que ha sufrido este sistema, basado en la distinción entre principios, directrices y normas.²⁷⁶

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, el que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho ya fuera para crear una situación de gravamen o de ventaja, respecto de un particular.

Mientras que las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas con similar propósito de precisión, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras estos últimos no permiten especificar los supuestos en que deben ser aplicados, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin

²⁷⁶ DWORKIN “Ética Privada e Igualitarismo Político”. Paidós. Barcelona. 1993

llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción. Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin en cuanto apunta a un estándar que, al igual que el principio, debe ser observado pero que reposa en un objetivo político, económico o social que asume la comunidad. El principio, en cambio para dicho autor, se nutre de una exigencia de justicia.

La diferencia entre valor y principio dista de ser clara y es difícil de precisar, pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, en cualquier caso los valores siempre deben ser observados. ¿Podría acaso negarse, por ejemplo, que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho?. En suma, todo principio contiene un valor pero no todo valor configura un principio.

Ahora bien, los principios, en los ordenamientos modernos, tienden a positivizarse²⁷⁷ y esto acontece con la mayoría de las instituciones del derecho administrativo que encuentran su directo fundamento en la Constitución Nacional, la cual constituye la fuente primaria de gran parte de los principios generales que

²⁷⁷ Algunos autores afirman que “el ámbito del ordenamiento jurídico donde comúnmente se localizan los principios es el plano de la Constitución, o sea, el del derecho más alto (*higher law*), mientras que las normas se ubican en el resto de las gradas inferiores”. VIGO, Rodolfo, “Los principios jurídicos (Perspectiva jurisprudencial)”, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 15.

integran el derecho administrativo. En tal sentido, si bien al renacimiento del derecho natural sucedió un movimiento regresivo, producto de la circunstancia de su reintegración al ordenamiento jurídico estatal, lo cierto es que, en la actualidad, tanto la aplicación de los principios generales positivizados como de los no positivizados han adquirido una importancia desconocida en épocas anteriores en virtud del papel creativo que ha asumido la jurisprudencia inspirada, generalmente, en la doctrina de los juristas.

3.8.3- PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. JERARQUÍA Y LÍMITES

En el campo de la filosofía del derecho y de la teoría general del derecho se ha ido afirmando en Europa la idea del paso o tránsito de un Estado Legal al Estado Constitucional, cuestión que en la Argentina fue superada desde nuestros orígenes fundacionales, gracias a la adopción, en este punto del modelo norteamericano, basado en la supremacía de la Constitución (art. 31, C.A.) y en la consagración en ella de derechos y garantías, y que en España se recepta con la constitución de 1978 (arts. 9.3 y 53).

No obstante, en la Argentina, a raíz de la reforma de la Constitución en 1994, se plantean actualmente nuevas cuestiones

en materia de interpretación constitucional, como aquellas que suscita la incorporación de los nuevos derechos y garantías en el plexo constitucional, (artículos 36 a 43, art. 75 inc.22, C.A.) particularmente lo concerniente a su grado de operatividad, el criterio para resolver los supuestos de colisión entre derechos o principios, los límites de los derechos y la competencia del legislador, la aplicación del *ius cogens* y el problema de la supremacía de los tratados internacionales, que alguna doctrina sostiene que poseen rango superior a la Constitución, cuando versan sobre derechos humanos, todo lo cual puede advertirse, entre otros pronunciamientos judiciales, en el caso Simón (CSJN, Fallos 328:2056)²⁷⁸ .

Los tratados internacionales, poseen, en el derecho público argentino, jerarquía infraconstitucional aunque sean superiores a las leyes internas, a tenor de lo prescripto en el art. 75, inc. 22, que respecto de la serie de tratados de derechos humanos enumerados prescribe que *“...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben considerarse*

²⁷⁸ En el caso "Simón" la Corte Suprema de Justicia, declaró inconstitucionales las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, cambiando el criterio establecido en el fallo "Camps" del año 1987 que había establecido su constitucionalidad. Como consecuencia de esta decisión, se quitaron los obstáculos legales para que tengan lugar los juicios contra los responsables a las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar. (Caso "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768- (Resuelto el 14/05/06).

complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos“. Asume centralidad, en esta inteligencia, la cláusula contenida en el art. 27 del texto fundamental argentino: ***“El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución”*** (el subrayado me pertenece).

En consecuencia, los principios, derechos y garantías que se encuentran en la primera parte de la Constitución, como son principios básicos y fundamentales del Estado de Derecho Argentino, no pueden ser dejados de lado por la aplicación ni por la interpretación que se haga de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El riesgo que plantea el nuevo escenario constitucional reposa tanto en las interpretaciones rígidas y absolutas que se predicán como en la tendencia natural a seguir las modas de turno adoptadas como paradigmas revolucionarios (Khun), aún cuando carezcan de una fundamentación apoyada en los principios generales del derecho y en una lógica argumental básica y, sobre todo, en la propia Constitución.²⁷⁹

²⁷⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Los principios generales en el Derecho Administrativo - ED*, (05/11/2008, nro. 12.126).

La distinción entre principios y derechos, y entre derechos fundamentales y/o derechos humanos, interesa en función de asignarle exigibilidad u operatividad a los principios, aún cuando algunos autores sostengan que los principios constituyen “mandatos de optimización“. Los principios *son o están en el mundo jurídico* mientras que los derechos *se tienen o ejercen*.

Los derechos pertenecen a un sujeto determinado y se poseen frente a toda la comunidad o al Estado o se ejercen de cara a sujetos determinados. *Son los derechos subjetivos que una sistematización iusfilosófica y jurídica reciente ha descrito con nueve componentes, a saber: 1) sujeto titular del derecho subjetivo; 2) sujeto obligado a satisfacer el derecho subjetivo; 3) objeto del derecho subjetivo; 4) título o calidad atribuida al sujeto acreedor; 5) título o calidad atribuida al sujeto deudor; 6) circunstancias que tornen viable al derecho subjetivo; 7) posibilidad de reclamar la satisfacción del derecho subjetivo; 8) el bien que se satisface con el derecho subjetivo; y 9) fundamentos que justifican la existencia del derecho subjetivo.*²⁸⁰ Podría agregarse, una décima dimensión, dada por las vías tutelares o protectorias del derecho de que se trate (garantías que se verifican por medio del procedimiento administrativo y del proceso judicial).

²⁸⁰ Conforme CASSAGNE artículo citado.

Al respecto, sostiene el autor, se ha ensayado también un punto de partida para lograr una aproximación al concepto del derecho subjetivo, de acuerdo con el lenguaje habitual sobre los derechos que utilizan las normas y los juristas. Así, en sentido subjetivo debe entenderse por derechos a ciertas posibilidades de exigir en sentido deóntico conductas o abstenciones de otros sujetos jurídicos que suponen en estos deberes y que remiten a una determinada justificación o fundamentación racional a través de principios prácticos.

Otro sector de la doctrina prefiere postular, siguiendo la teoría tradicional que el derecho subjetivo pertenece al género de los poderes jurídicos, categoría que actualmente no se distingue del interés legítimo, considerado como una situación jurídica de equivalente jerarquía y protección jurisdiccional similar a la que un sector de la doctrina española denomina “derecho reaccional” o defensivo²⁸¹.

Cabe recordar que el núcleo fundante y básico para la realización de los derechos subjetivos se encuentra en la persona humana y en su condición y dignidad y que, por tanto, el derecho

²⁸¹ Eberhard SCHMIDT- ASSMANN en Teoría General del derecho Administrativo como Sistema. consultado en www.books.google.com.ar (pág. 88) sostiene que “En la medida en que el legislador o la jurisprudencia definan con precisión la eficacia de las normas protectoras de intereses individuales, no hay necesidad alguna de deducir nuevos derechos subjetivos a partir de los derechos fundamentales” y pone como ejemplo las normas sobre relaciones de vecindad.

a la vida, que representa la máxima protección en el ámbito de los derechos humanos, es el que posee mayor jerarquía.

Con acierto sostiene Cassagne²⁸² que, *el derrumbe del sistema positivista ha potenciado cierta tensión entre los principios así como entre los derechos fundamentales* ya que actualmente, no se postula que todos posean el mismo valor jurídico ni similar protección. A su criterio esta falta de un criterio objetivo aumenta el grado de su ponderación axiológica y existencial para permitir su optimización por el legislador o el juez, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, lo que implica observar, en cualquier caso, el principio de proporcionalidad en sentido amplio (comprensivo de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).²⁸³

En algunas ocasiones la colisión entre principios o entre derechos fundamentales se presenta como inevitable y ejemplifica el caso de determinar cómo juega el derecho al medio ambiente

²⁸² CASSAGNE, Juan Carlos, publicación citada [ED, (05/11/2008, nro. 12.126)]

²⁸³ Que BERNAL PULIDO ob cit, define en pág. 42, para luego señalar en que “No obstante el papel estelar que las circunstancias del caso juegan en la aplicación del principio de proporcionalidad no lleva por sí la transformación de la jurisprudencia constitucional en una maraña de decisiones particulares susceptibles de ser organizadas en un sistema coherente” y “.....para que la aplicación del principio de proporcionalidad tenga lugar mediante un procedimiento racional” (pág. 197).

sano y equilibrado frente al derecho de trabajar y al derecho de ejercer industria.

Esta determinación de prevalencia de un derecho sobre otro requiere analizar la interpretación constitucional o legal que debe operar analizando el contenido axiológico junto a las circunstancias económicas y sociales del caso y los derechos individuales y colectivos de las personas en juego. Es en estos casos en que se acude al principio de razonabilidad y a la interdicción de arbitrariedad como límites de la interpretación constitucional o, si se prefiere, acudir a la técnica que propone Alexy, de aplicar la llamada ley o margen de ponderación²⁸⁴.

En igual sentido, cuando se trata de establecer la posibilidad de fijar límites al ejercicio de los derechos fundamentales²⁸⁵; en principio, conforme el art. 14 de la CN argentina, el legislador está habilitado a hacerlo, al prescribir que *los derechos se gozan de acuerdo con las leyes que reglamentan su ejercicio*. Desde luego

²⁸⁴ R. ALEXY en Teoría de los Derechos Fundamentales, ob cit p. 90 explica la ponderación es el procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión.

²⁸⁵ ALEXY ob. cit. pág. 134 señala “cuando a través de una disposición de derecho fundamental, se ha llevado a cabo alguna determinación relacionada con las exigencias de principios contrapuestos, se estatuye con ella no solo un principio sino también una regla” lo que interpreto otorga de inmediato garantía de racionalidad y no requiere buscar umbrales mínimos o suficientes de cumplimiento como si se tratara de un principio.

que reglamentar o limitar los derechos implica hacer compatible su ejercicio con el interés público o bien común.²⁸⁶

Hay que considerar también que en el derecho argentino, la doctrina ha distinguido entre límites intrínsecos y extrínsecos de los derechos humanos incluyendo entre estos últimos el derecho ajeno, la moral vigente (la moral pública del art. 19 de la CN argentina), el orden público y el bien común, en sintonía con lo que proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 29, inc. 2.

3.8.4 - PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS INSTITUCIONALES O SECTORIALES

En un sentido distinto, una visión sobre los principios generales permite advertir dos clases diferenciadas en punto a su jerarquía y relaciones de contacto e interferencia. Así, puede verse que ciertos principios generales constituyen el basamento en que se asienta y fundamenta el ordenamiento jurídico en general,

²⁸⁶ En el estudio que realiza el Dr. BERNAL PULIDO sobre *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* -3ra ed.- Madrid 2007 – explica la estructura de las normas de derecho fundamental tratadas por Dworkin y Alexy para interpretar (pág. 575). El principio de proporcionalidad y la diferencia entre las reglas y los principios, tratándolas a ambas como normas jurídicas que regulan la conducta humana y que se utilizan para construir y fundamentar las decisiones jurisdiccionales. Y este análisis le permite al autor sostener que “*una de las principales ventajas de la proporcionalidad consiste en que permite establecer diferencias entre varios niveles de intensidad en el control de las leyes, que es practicado por el Tribunal constitucional*” (pág. 589).

insertándose, particularmente, en la Constitución, aunque pueden existir también principios fundamentales que no se hayan incorporado, en forma positiva y expresa, a la ley fundamental (por ejemplo, el principio general de la buena fe).

Entre los principios fundamentales cabe incluir los que se vinculan o derivan del Estado de Derecho, con las adaptaciones que corresponden a cada país. Si, ante todo, un Estado de Derecho debe ser un Estado de Justicia, el primero de todos los principios fundamentales es el de “afianzar la justicia“, tal como lo proclama con particular énfasis el Preámbulo de la Constitución argentina.

Otros principios fundamentales que se encuentran en la Constitución y que tienen particular relevancia en el derecho administrativo son el de *separación de poderes* y, consecuentemente, la *interdicción que veda al Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales* (art. 99, C.A.); el de *supremacía constitucional*; el de *legalidad* (que incluye la supremacía de los tratados de derechos humanos sobre las leyes en la medida en que no conculquen artículo alguno de la primera parte de la Constitución, art. 75, inc. 22, C.A.); la supremacía de los tratados de integración y del derecho derivado sobre las leyes en tanto se celebren en condiciones de reciprocidad e igualdad y respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75, inc. 23, C.A.); la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (que se

desprende del art. 19, 2 parte, C.A) y el principio de razonabilidad (art. 28, C.A). También en este núcleo fundamental de principios generales del derecho cabe incluir aquellos que se derivan del principio de justicia como el de la protección de la vida y la dignidad personal, el principio de la tutela judicial efectiva que amplía la inviolabilidad de la defensa²⁸⁷ (art. 18, C.A), el de buena fe, el del enriquecimiento sin causa, el de no dañar a terceros (*alterum non ledere*) y el de la confianza legítima. La mayoría han sido reconocidos por la jurisprudencia argentina.

El cuadro de los principios generales se completa con aquellos que constituyen la clave de alguna institución o sector del derecho administrativo, como son, por ejemplo, el de autotutela de los bienes del dominio público; la continuidad y regularidad de los servicios públicos; la especialidad de la competencia; el *ius variandi* en la contratación administrativa; la presunción de legitimidad del acto administrativo; la alegación de la propia torpeza para invalidar un acto administrativo a través de la acción de lesividad, etc., son algunos que forman parte de una lista tan extensa como *in fieri*, en virtud de la movilidad y transformación que han caracterizado al derecho administrativo en las distintas etapas de su evolución histórica. Entre ellos, cabe

²⁸⁷ Como expresa BERNAL PULIDO, ob cit pág. 87 “En todo derecho de defensa un particular tiene un derecho fundamental a que el estado omita una acción. Por el contrario, el objeto de las posiciones iusfundamentales de prestación es una conducta positiva del Estado. En las posiciones de prestación, el sujeto activo tiene un derecho fundamental a que el estado realice un comportamiento”.

señalar la trascendencia que han adquirido los principios generales propios del procedimiento administrativo (v. gr. eficacia, celeridad, imparcialidad, etc.).

En las instituciones, como bien se ha dicho, se opera el encuentro de valores provenientes del derecho natural con los resultados del pensamiento tópico sobre los problemas singulares cuya configuración como principios generales no puede desconocerse aún cuando no se impongan a todo el ordenamiento en virtud de la estructura tópica o discontinua de este último.

Esta clase de principios institucionales constituyen una importantísima fuente en el campo del derecho administrativo, donde las relaciones jurídicas no se hallan tan tipificadas ni regidas por la ley, como en el derecho privado, abriendo nuevas perspectivas a la creación jurídica para responder a las situaciones concretas siempre cambiantes mediante formulaciones dotadas de estabilidad sobre la articulación de la conjunción de los valores superiores con la experiencia.

Estos principios, cuando están consagrados en el derecho positivo, pueden representar una formulación diversa y aún pueden tener prelación respecto de un principio más general del ordenamiento escrito. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el principio según el cual se permite a la Administración alegar su propia torpeza, promoviendo la respectiva acción de nulidad, el cual resulta totalmente opuesto al que rige en el derecho civil.

Un típico principio de esta índole es el de la competencia objetiva de los órganos administrativos que ha ido admitiendo interpretaciones progresivas, sin relegar la idea organizativa de toda institución estatal ni los requisitos esenciales que caracterizan la aptitud de obrar de la Administración Pública.

Pero, ¿qué relación existe entre los principios en caso de conflicto o concurrencia? Por de pronto, en esta materia se invierte la regla interpretativa que asigna prevalencia a lo especial sobre lo general pues la jerarquía que revisten los principios fundamentales se impone frente a los principios institucionales cuya observancia debe ajustarse a aquellos. A su vez, en caso de confluencia de varios principios del mismo rango prevalece aquel que posea mayor dimensión de peso a la luz de la Constitución, interpretada en función del problema en juego (es decir, a través de la tónica) o bien, de la justicia material, si hubiera carencia histórica de normativa constitucional o legal. Finalmente, cuando los bienes a tutelar son supraindividuales o indivisibles, la dimensión de peso de los derechos colectivos resulta mayor que la que corresponde a la titularidad de los derechos individuales, en aquellos supuestos en los que el legislador les asigne legitimación para actuar, en ejercicio de una acción pública o popular, como titulares de derechos colectivos en determinados sectores como el urbanismo, en el que la Administración y el Legislativo desenvuelven con mayor intensidad las distintas

técnicas de intervención estatal que configuran y delimitan los derechos subjetivos de los particulares.

3.8.5 - EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

El artículo 9.2 de la C.E dice así : *Promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*, es de esta forma el principio de igualdad de Administración y particulares ante los Tribunales contenciosos hace a la efectiva realización del Estado democrático de Derecho.

Concordante con él artículo 24.1 de la Constitución, expresa: *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión,*” y el artículo 53, 2 de la Constitución, prevé que: *Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.*

Estos dos últimos preceptos constitucionales completan el principio de «tutela efectiva de los jueces y Tribunales».²⁸⁸

Con tal encuadre, los derechos y libertades protegidos por la Ley de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978 y el Decreto legislativo de 20 de febrero de 1979, abarca también al derecho a la igualdad (art. 14) al derecho a la integridad física y moral (art. 15), al derecho a la libertad ideológica y de culto (artículo 16, 1), etc.

La mayoría de los derechos constitucionales requieren de una legislación que los desarrolle respetando su contenido esencial y en el caso español, toda la materia relativa a lo que la Constitución (CE) denomina “derechos fundamentales y libertades públicas” (Sección 1.ª del Capítulo 2.º del Título I –), es materia de competencia del Juez ordinario con potestad suficiente para interpretar la Constitución y hacer aplicación directa de ella, incluso declarando, la falta de vigencia de leyes anteriores.

La base de análisis²⁸⁹ es pues, el mecanismo de garantías que establece la propia Constitución, es decir que se trata de

²⁸⁸ SUAY RINCÓN ob cit. pág. 152, expresa que, como dice la sentencia 5-8-83: «la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho autónomo existente, por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de recurso de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general.»

²⁸⁹ Como señala SUAY RINCÓN, pág. 140 ob cit “*Cuando situaciones de hecho iguales se regulan de modo diverso, el principio de igualdad exige una justificación objetiva y razonable de la desigualdad.*” Y cita a GARCIA DE ENTERRIA, defensor

hacer efectiva la parte declarativa de la Constitución, la protección que la Constitución Española dispensa de manera especial a los “derechos fundamentales y las libertades públicas”, lo que los hace derechos “inviolables” que constituyen el “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10).

Estos derechos sólo pueden ser regulados mediante ley orgánica (artículo 81), que deberá respetar su contenido esencial (art. 53, 1); toda modificación constitucional que les afecte exige tales requisitos que llega a identificarse con una modificación esencial de la Constitución (art. 168).

El carácter trascendente que se ha atribuido a estos preceptos se dice que vinculan al juez desde el momento en que están reconocidos y aunque no hayan sido *regulados* por el legislador. Esto supone, por un lado, la necesidad de evitar que exista una pluralidad de interpretaciones de estos preceptos constitucionales y por otro la de unificar a través del Tribunal Constitucional la doctrina jurisprudencial sobre el tema.

En el aspecto formal, toda “regulación del ejercicio” (art. 53.1 CE) de los derechos fundamentales es competencia de un órgano legislativo: reserva de ley. Y todo límite que se establezca, para ser eficaz, necesita ser identificado y ponderado frente a otros

de la idea de que en el ordenamiento jurídico Español había bases legales suficientes para que el poder judicial pudiera entrar a conocer en supuestos en que la desigualdad se predicaba de la ley.

bienes o derechos constitucionales, esto significa que es necesaria una labor de «regulación» que la Constitución ha querido reservar al legislativo.

La protección de los derechos fundamentales, en virtud del mecanismo previsto en el artículo 53. 2. hace que existan las garantías suficientes para que no se produzca esa dispersión interpretativa, ya que frente a las sentencias de los Tribunales ordinarios que decidan sobre estas materias está previsto recurso de amparo ante el mismo Tribunal Constitucional, que podrán interponer tanto los interesados, como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (artículo 163, 2).

Y como ya mencioné, siempre está la posibilidad de aplicación directa de la Constitución por el juez que deriva del carácter sumario y la necesaria rapidez con que se pretende proteger los derechos fundamentales (art. 53. 2).-

Es así en España, donde conforme el art. 1 CE. se trata de un Estado democrático con forma de gobierno parlamentaria, en el que las decisiones esenciales para la comunidad (y lo es la regulación de un derecho fundamental) deben realizarse por los órganos legislativos; no por el Gobierno.

La división de poderes significa que el ejercicio del poder, que proviene del pueblo (coincidente art. 1.2 CE: soberanía) se atribuye a distintos órganos del Estado para un ejercicio *equilibrado del poder*.

Se da un funcionamiento equilibrado del sistema de poderes cuando, en una democracia parlamentaria, el legislativo hace uso de la reserva de ley y efectivamente regula el ejercicio de los derechos fundamentales teniendo claro que la omisión del legislativo, no puede impedir el cumplimiento de las funciones atribuidas a los demás órganos del Estado.

En el Estado democrático con forma de gobierno parlamentaria (art. 1 CE), permitir al Gobierno –en defecto de Ley– la regulación abstracta del ejercicio de derechos fundamentales constituiría un sacrificio desproporcionado.

Esto no ocurre así en las democracias Presidencialistas, donde se promueve que cuando ocurre la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales por otro órgano del Estado (ej, el Poder Ejecutivo), se haga mediante el refuerzo y complementación con otros principios constitucionales: principio de justicia en el caso concreto; tutela judicial efectiva; promoción objetiva de todos los derechos constitucionales. Siempre con la debida identificación administrativa de límites en el caso concreto, y con acción judicial (recurso contencioso-administrativo, ordinario o especial), de forma tal de asegurar el reforzamiento de la tutela judicial individual, es decir que las garantías judiciales individuales salgan reforzadas cuando es la Administración –en lugar del legislador– quien limite los derechos fundamentales.

En cualquier caso, los límites que identifique la Administración en el caso concreto han de ser compatibles con

cualquier posible política de derechos fundamentales que emane del legislador, respetando los márgenes y principios que la Constitución impone al legislador²⁹⁰.

Como bien señala el Dr. García de Enterría²⁹¹, *La antigua concepción partía de que la Administración era siempre titular del interés general, que habría de imponerse normalmente sobre los intereses meramente particulares que invocaban los ciudadanos. Pero ahora ocurre que estos ciudadanos son con normalidad titulares de derechos fundamentales, que, por más que intenten con ellos hacer valer intereses particulares, tienen por sí mismos el carácter de «valores superiores del ordenamiento» (art. 1 de la Constitución), de «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1, ibidem), con lo que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la Administración, que tantas veces encubren simples comodidades o intereses de la burocracia. Este*

²⁹⁰ Reflexionando sobre los conceptos vertidos por el profesor Ignacio DE OTTO, en su libro *Derecho Constitucional*, Tomo I, que trata del Sistema de Fuentes y en el que entiende que supuesta la legitimación democrática del Gobierno, que resulta del sistema parlamentario a través de la confianza de las Cámaras, y a la vista del artículo 97 de la Constitución («El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes»), se puede admitir un Reglamento independiente emanado del Gobierno, siempre que no entre en los campos, estrictamente interpretados, de las reservas específicas de ley de la Constitución.

²⁹¹ La crisis del contencioso administrativo francés: El fin de un paradigma **Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande**. Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid Civitas Revista española de Derecho Administrativo, *núm.* 58/1988, Estudios, pág. 165 Editorial Civitas, SA, Madrid, febr. 1988

cambio radical en la situación de las partes respectivas en la relación ciudadanos-Administración (la cual no sólo no requiere para su funcionamiento la posibilidad de infringir el Derecho, sino que está íntegramente sometida al mismo, artículo 103.1 de la Constitución, y, por tanto, al juez) ha determinado este cambio substancial.

Y en el mismo sentido sostiene²⁹² “Hay que precisar que esa normativización es general, afecta a todo su contenido, pero que no tiene el mismo alcance, como es natural, en todos los preceptos, porque esto depende del contenido mismo de los preceptos. A mi juicio, ésta es la diferencia entre los derechos fundamentales susceptibles de amparo, los derechos fundamentales no amparables y los llamados principios rectores de la política social y económica, los famosos derechos sociales.”

Y expresa asimismo que “El constituyente intentó reaccionar frente a una concepción puramente retórica de los derechos fundamentales y diseñó un cuadro de derechos absolutamente

²⁹² Los Ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en derecho español **Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande**. Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid (*) Texto de la Conferencia pronunciada el día 7 de mayo de 1988 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia como ponencia española sobre el tema de su título dentro del Congreso ítalo-español Stato democratico e diritti dei cittadini, con motivo del IX Centenario de dicha Universidad y la investidura de S. M. el Rey de España como doctor honoris causa de la misma. Civitas Revista española de Derecho Administrativo, núm. 59/1988, Estudios, pág. 325 Editorial Civitas, SA, Madrid, marzo 1988

eficaces por sí mismos, sin perjuicio de que el ejercicio de muchos de ellos, no de todos, deba ser desarrollado, y así lo prevé la propia Constitución y éste es el objeto de una figura institucional nueva introducida por la Constitución, las leyes orgánicas. Pero el básico artículo 53 de la Constitución afirma que los derechos fundamentales proclamados en el Capítulo II del Título I vinculan sin más a todos los poderes del Estado, vinculan, por tanto, también al Juez; conclusión que ha formalizado la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en sus artículos 5º y 7º.

El párrafo 3.º del artículo 53 de la Constitución se refiere al problema en estos términos: «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen»”.

Se verifica en diversas Sentencias del Tribunal Constitucional que se han usado como parámetros de validez de las leyes los principios rectores contenidos en el texto constitucional, lo que supone la vinculación positiva del legislador y que los derechos, los principios y texto constitucional en su integridad, nutren el

principio básico de la interpretación de todo el ordenamiento conforme a los preceptos y principios constitucionales.²⁹³

En el mismo sentido, el artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que expresa que *“la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales”*, agrega: *“quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales”*.

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». La Constitución española ha procurado jerarquizar el contenido de la misma a lo que llama los «valores superiores» del ordenamiento jurídico. El art. 1.º del texto constitucional expresa que: *“se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores*

²⁹³ En su análisis de la Jurisprudencia, SUAY RINCON ob cit pág. 148 expresa la sentencia de 14-7-82 (6) contiene una expresa declaración, con lo que parte de la dificultad que el tema encierra ha sido superada: «el art. 14 CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los Poderes Públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas». Sostiene que al haberse “constitucionalizado intereses jurídicos” ocurre que “el artículo 14 ha sido puesto en relación con los artículos que recogen esos intereses, y de esa combinación ha nacido el actual sentido del principio, que, por otro lado, es el único que posibilita avanzar, y no ser un obstáculo, en la igualdad efectiva entre todos los ciudadanos, tal y como pide el artículo 1.1 CE, que eleva la igualdad al rango de valor supremo del ordenamiento jurídico.

de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Concretando el contenido de los principios generales del derecho administrativo francés, RIVERO²⁹⁴ los clasifica en cuatro grupos:

El primer grupo, está constituido por el conjunto de regla emanadas de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que constituye la base del liberalismo tradicional: en el orden constitucional, el principio de la separación de poderes que inspira toda la jurisprudencia relativa a la delimitación de competencias administrativas y judiciales; en el orden administrativo, los principios de libertad y de igualdad con sus múltiples aplicaciones: libertad individual, de conciencia, de prensa, de reunión, etc.; igualdad de los usuarios ante los servicios públicos, de los contribuyentes ante los impuestos, de los ciudadanos ante la Ley.

El segundo grupo comprende reglas técnicas formuladas en el Código Civil o en las leyes de procedimiento respecto de ciertas situaciones particulares y que traspone, ampliándolas y

²⁹⁴ RIVERO, Jean, Los principios generales del derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo, RAP 5, 1951. Con amplia y destacada trayectoria docente en América Latina, en especial en Venezuela, Uruguay y México.

adaptándolas, al orden administrativo porque las juzga consustanciales con el orden jurídico.

Así, el principio de la no retroactividad del derecho, el que liga a la falta cometida la obligación de reparar el daño, en el que nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro, y el principio según el cual nadie puede ser condenado sin haber podido defenderse, que el Consejo de estado traspuso de la represión penal.

En un tercer grupo incorpora algunos principios de origen moral que el juez impone a la Administración: en primer lugar; el principio que asigna a la prosecución del bien en común, del interés general, el ser objeto de la acción de la Administración e impone por ello la anulación de todas las medidas tomadas en vista de un fin personal o particular; también el principio según el cual la Administración no debe mentir y que conduce a la anulación de las decisiones cuyos motivos son reconocidos como inexactos.

Hay, un último grupo de principios que se extrae de analizar la “naturaleza de las cosas”, de la lógica de las instituciones, según la cual tal fin exige tal medio: es propio de la naturaleza de los servicios públicos funcionar sin interrupción, deduciéndose así el principio de la continuidad del servicio público; es consustancial a la naturaleza del poder jerárquico atribuir al superior la competencia reglamentaria necesaria para el

funcionamiento del servicio que le ha sido confiado; es propio de la naturaleza de la acción gubernamental la facultad, si el interés público lo requiere, de liberarse de la letra de la ley cuando ésta paralizaría iniciativas necesarias de las que se deriva la teoría de las “circunstancias excepcionales”, que reconoce en tiempo de crisis la legalidad de ciertas decisiones aun cuando hayan sido tomadas praeter legem o incluso contra legem.

En tanto en Inglaterra y Francia esos principios han sido formulados por la jurisprudencia, en España ha sido el legislador el que les ha dado vida positivizándolos, hasta el punto de que, incorporados en su mayor parte al Derecho escrito, puede dudarse que exista alguna posibilidad, para el intérprete, de realizar formulaciones diversas de algún interés.

Los Art. 39 a 52 CE pretenden dirigir objetivamente la actividad de los órganos estatales, pero no aumentar el ámbito subjetivo de derecho del ciudadano constitucionalmente reconocido.

Para el legislador los art. 39 a 52 CE constituirían mandatos de actuación, ponderación y regulación; mientras que para la Administración y los órganos judiciales esos principios sólo actuarían directamente como criterios de interpretación de las normas dictadas por el legislador, la utilización de los principios rectores de la política social y económica como principios ponderables que deban tenerse en cuenta al adoptar decisiones

para las que la norma correspondiente atribuye un amplio margen de discrecionalidad (sin que pueda hablarse, no obstante, de libertad conformadora) delimitado con conceptos como el interés general, intereses públicos, etc.

Las dos decisiones constitucionales a favor del Estado social de los Art. 1.1. y 9.2 CE se concretan fundamentalmente en los preceptos del capítulo tercero del título primero (art. 39 a 52 CE), que establecen los denominados “principios rectores de la política social y económica” y, con ello, identifican concreciones del fin social del Estado e imponen a éste tareas que deben ser cumplidas de forma permanente(ej. la protección de la familia).

La realización de los fines del Estado torna evidente que caracterizar constitucionalmente al Estado como social, no supone que se autorice al individuo a descargar en el Estado la responsabilidad de atender a sus necesidades. El punto de partida es, lógicamente, el opuesto: sobre el *individuo* recae la responsabilidad de sostenerse y satisfacer sus necesidades con su *trabajo*.

Sobre el Estado recae la responsabilidad global de garantizar los *presupuestos de su propia existencia* como forma de organización social.

El contenido de los Art. 39 a 52 CE, constituyen *mandatos constitucionales de optimización*, principios que imponen que la

decisión valorativa que aquellos preceptos constitucionales contienen (a favor de la familia, del pleno empleo, del medio ambiente o de los discapacitados) para que se realice en cada momento y en la medida de lo jurídico y tácticamente posible.

Quién determina lo posible en cada momento es el legislador- en Argentina por iniciativa propia o a propuesta del poder Ejecutivo -, mediante juicios de ponderación con otros mandatos de optimización que se sitúan, unos frente a otros, en una situación de tensión y concurrencia - aunque sólo fuera por motivos económicos , vinculados a la limitación de los recursos del Estado - . Estos mandatos de optimización suponen “*la medida de lo posible en un momento dado*” como título primero de la CE.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, el contenido de los derechos fundamentales sólo puede limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que cuenten con reconocimiento constitucional (SSTC 120/1990, De 27 de Junio, FJ 8; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6).

El Estado ha de intervenir en las posiciones jurídicas (especialmente, en las de carácter patrimonial , vinculados a la obtención de recursos públicos) de los tácticamente más favorecidos para que sea posible realizar el fin estatal de conseguir más igualdad y más justicia social (entendidas éstas, también, como resultados empíricos).

Esta idea, está contenida en la primera concreción de alcance general que la Constitución española realiza de la cláusula del Estado social: el Art. 9.2 CE (“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...*”) es presupuesto para identificar el contenido del fin social del Estado.

La realización de los fines del Estado social tiene lugar mediante la interacción del Estado, la sociedad, la familia y el individuo.

En esa interacción, junto con los principios generales que la doctrina clásica reconoce como ínsitos y universales en el ordenamiento jurídico, van surgiendo nuevos principios²⁹⁵ –unos más consagrados y otros incipientes- que se van incorporando a los ya clásicos e irrenunciables del derecho y del procedimiento administrativo, a medida que van ocurriendo transformaciones en las Administraciones Publicas del siglo XXI .

La mejor comprensión del modo en que se configura el poder político al servicio de cada sociedad –un tema palmario en América Latina-, la demanda de eficacia y de eficiencia requieren aplicación del principio de simplificación de la Administración,

²⁹⁵ Da cuenta de ello la reciente compilación de trabajos doctrinarios dirigida por el Dr. SANTAMARÍA PASTOR, Los Principios Jurídicos del derecho Administrativo – La Ley Wolters Kluwer- 2010.

para una necesaria optimización de los ingresos públicos para entender que en la actividad social del Estado la aplicación de los recursos públicos debe justificarse como inversión y no como gasto y debe validarse plenamente en el cumplimiento de los objetivos de la acción que no es otro que el de la medición de resultados en el marco de una organización adecuada con mecanismos de control, tanto internos como externos²⁹⁶ que permitan que la estructura de funcionamiento de la Administración sea adecuada y dé respuesta al servicio de la satisfacción de necesidades y la universalización de derechos humanos – en términos de la constitución argentina- o derechos fundamentales – conforme el ordenamiento jurídico español.

3.8.6 - PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

La primacía de los derechos fundamentales, hace que en España , la Ley 62/1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hayan establecido que siempre que se invoquen, con alguna seriedad, derechos fundamentales, la regla

²⁹⁶ No sólo por parte de los órganos de control asesores del poder legislativo como es el caso de la Auditoria General de la Nación –órgano constitucional de la república argentina -, sino también por parte de los órganos de garantía -, como es el caso del defensor del Pueblo y el necesario control social que nos compete a todos en tanto ciudadanos y que requiere canales institucionales de expresión.

sea el carácter suspensivo del recurso por la razón ya expresada, que los derechos fundamentales son el fundamento del orden jurídico, y en ese marco la actuación administrativa es un mero instrumento para su ejecución .

El art 24, párrafo 1, expresa:«*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión*».²⁹⁷

De esta forma el contencioso-administrativo está incluido, y así lo expresa la jurisprudencia constitucional, en el artículo 24; y de esa forma la justicia administrativa tutela derechos e intereses legítimos.

Es por ello que es justiciable la discrecionalidad, como objeto de una tutela judicial efectiva, en sus límites jurídicos, lo que significa que no se reconoce al Juez la facultad de sustituir a la Administración en sus apreciaciones políticas, lo que implicaría una invasión de esferas de poder y de responsabilidad que no pertenecen al Juez.

El Juez no puede intentar con el motivo de un recurso contencioso gobernar, sustituir la responsabilidad del Ejecutivo,

²⁹⁷ En la Argentina el llamado principio de razonabilidad -y la prohibición de arbitrariedad- se funda en el precepto contenido en el art. 28 de la CA que estatuye “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio” Conforme Juan Carlos CASSAGNE- *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* – Marcial Pons- 2009, pág. 201.

según el artículo 97 de la Constitución, o la gestión de los propios intereses por las representaciones territoriales, artículos 138 y 140, la gestión de la Universidad, artículo 27, que tiene una autonomía garantizada. La Constitución no atribuye estas facultades al Juez, lo que le encomienda es la tutela de derechos e intereses legítimos, o como dice el artículo 106, controlar la legalidad de la acción administrativa.²⁹⁸

Por ello, algunos autores²⁹⁹ sostienen que el Derecho renuncia a adoptar en forma de programas normativos condicionales bajo los que fuera posible la subsunción las decisiones sobre la fijación y ejecución del concreto contenido de la prestación social de servicios o material. Esas decisiones las entrega el legislador a la Administración.

En concreto, si el fin social estatal de que se trate constituye el objeto de una competencia administrativa, la creación del marco organizativo y procedimental que haga posible el cumplimiento *eficaz* de esas tareas constituye un mandato que impone al legislador y (en el marco de la regulación legal) a los órganos ejecutivos de dirección política también el art. 103.1 CE, al regular los principios funcionales de la actuación administrativa —entre ellos, fundamentalmente, el principio de *eficacia*—.

²⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA ob cit.

²⁹⁹ José Maria RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. Ob cit.

La adecuada regulación de la organización y el procedimiento, como marco estructural de realización de una actividad estatal al servicio de los derechos fundamentales, es una idea también situada en el plano más general de la eficacia de esos derechos en el marco del moderno Estado prestador.

El control judicial de este tipo de Administración se produce típicamente *a posteriori*, cuando –cumplida total o parcialmente la prestación—se hayan causado daños que el interesado considera merecedores de resarcimiento en la jurisdicción contencioso-administrativa (responsabilidad patrimonial de la Administración).

Las normas de organización y procedimiento como formas actuales de dotar de eficacia a los derechos fundamentales en el marco de las tareas que cumple hoy el moderno Estado social prestador; organización y procedimiento como *recursos o instrumentos directivos* de la actuación administrativa.

Cada vez con mayor fuerza, el crecimiento del tercer sector con las necesidades de adaptación de las estructuras del Estado a las nuevas circunstancias sociales: traslado al Estado de funciones tradicionalmente desarrolladas por la familia, evolución demográfica, crisis en los modelos económicos y sociales en los que se crearon las modernas estructuras del Estado social (crecimiento económico limitado desde los años setenta, “individualización” de las formas de vida).

En ese marco se vuelve necesaria la construcción teórica de otro tipo de procedimiento que sirva de cauce a la concreción y al desarrollo de las prestaciones de servicios o materiales. Ya que si bien es el Estado quien mejor puede cumplir el papel de procurar que la oferta prestacional pública se vea *eficazmente complementada* por la actuación plural de esos sujetos privados, es quien debe procurar, mediante la organización de un sistema, que se obtenga la máxima utilidad posible de su actividad, para que cumpla con una responsabilidad de *garantía de las prestaciones*, sin necesidad de encargarse directamente de su desarrollo.

El Derecho administrativo social es uno de los ámbitos de referencia donde la parte general del Derecho administrativo puede encontrar soluciones a necesidades regulativas.

De allí que las decisiones constitucionales a favor del Estado de Derecho y de la democracia, entendidas como dos decisiones estructurales, configuran al Estado como un sujeto que, en lo sustancial, se somete a un conjunto de reglas y principios relativos a organización, procedimientos, formas y límites .

3.9. - LA JURIDICIDAD

La actividad de la Administración Pública española se basa en encontrarse sujeta a la ley, como fue dicho “supra”. De

comienzo, señala Rodríguez-Arana que “no podemos dejar sin considerar, tratándose del art. 103 de nuestra Constitución, que la administración está sometida a la ley y al derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio. El poder no es absoluto, está limitado y, sea cual fuere la versión del principio de legalidad que manejemos, lo cierto es que la Administración debe actuar en el marco de la ley. Además, con buen criterio se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo”³⁰⁰.

Corresponde tener bien en claro qué se entiende por legalidad, más allá de las puntualizaciones ya realizadas. Y en ese respecto, la doctrina española ha precisado que cabe interpretar **“diferentes expresiones contenidas en la Constitución, cuya redacción ofrece un cierto sincretismo, en el que se reconoce lo**

³⁰⁰ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, “Un nuevo derecho administrativo”, cit., p. 2.

que es recepción de construcciones tradicionales y la nueva realidad constitucional. En ese sentido, el ‘principio de legalidad’, que figura en el art. 9.3 de la Constitución, ha de ser interpretado a la luz de otras expresiones. Al referirse a la Administración Pública, el art. 103.1 dice que actúa ‘con sometimiento pleno a la ley y al Derecho’. También aquí hubo una importación de Alemania, de la que doy testimonio, y una influencia de la exposición de motivos de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 con su alusión a los principios generales del Derecho. La ampliación de un concepto estricto de legalidad se evidencia en el art. 106, al referirse al control por los Tribunales de la “legalidad de la actuación administrativa. En el citado artículo se refiere el mismo control de la “potestad reglamentaria” que, por su ubicación, puede englobar no sólo la ejercida por el Gobierno –en la formulación tradicional recogida en el art. 97– sino también, como se tratará más adelante, por la Administración. En otras palabras, el principio de legalidad habrá de entenderse, en este caso, no como necesidad de habilitación o delegación expresa de la ley, sino como conformidad a la ley –que no invada lo que a ella está reservado– y al Derecho”.³⁰¹

³⁰¹ MELIAN GIL, José Luis, “El poder normativo del Estado. A propósito de ley y reglamento en el Derecho español”, en “El Derecho” Administrativo 2007, Buenos Aires, p. 596 y ss

Las observaciones precedentes sirven, sin duda alguna, para partir de la plataforma de la ley, pero para luego adentrarse en otras fuentes del Derecho, en donde ocupan un lugar destacado los principios generales de esta disciplina constitucionalizados en España en el art.103.1 citado tantas veces.

El principio de legalidad y de juridicidad se concretan en los controles respectivos, que tanto en Argentina como en España, realizan los jueces (lo que habitualmente se denomina el “contencioso-administrativo). Ha sido Juan Carlos Cassagne quien más ha batallado por resaltar los orígenes hispanos del contralor argentino de la actividad administrativa, de corte netamente “judicialista”³⁰².

Para entender acabadamente esta cuestión, partamos de dos normas constitucionales vigentes. En España, el señalamiento liminar está dado por el art.106.1 C.E., en cuanto prescribe que: *“Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*. En el caso argentino, deviene axial traer a colación la norma del art.109, C.N., que Juan Bautista

³⁰² V. por todas sus obras, sus investigaciones en GONZALEZ PEREZ, Jesús y CASSAGNE, Juan Carlos, “La justicia administrativa en Iberoamérica”, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo Perrot, 2005. Que ha hecho que el Dr. García de Enterría, subrayara la “españolidad” de Juan Carlos Cassagne en el comentario a su libro “ *El Principio de legalidad el control judicial de discrecionalidad administrativa*” (ob cit – Marcial Pons Bs As 2009), en la Revista de la Administración Pública número 180 –sept- dic 2009 pag.428.

Alberdi rescató de la Constitución chilena de 1833 (la Constitución de Filadelfia no cuenta con una norma análoga³⁰³) y que ordena: *“En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”*. No menor es el “aire de familia” con la Constitución gaditana de 1812, en su art. 243: *“Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos”*.

3.10 - LA ACTIVIDAD SOCIAL DEL ESTADO Y LA JURIDICIDAD

En nuestro estudio varias veces hemos tenido ocasión de explicitar la necesaria injerencia social del Estado, poniendo de relieve en ella una de las dos formas fundamentales y típicas de aquella actividad del Estado.

El tema objeto de análisis (el Estado social) permite el acceso al plano de “lo político”. El Derecho administrativo es “Derecho constitucional concretizado”, la Administración es “Constitución en acción”, entre ambos se da claramente una relación de complementariedad.

³⁰³ De allí se podría derivar la “deferencia” hacia la Administración Pública en los Estados Unidos. Para un análisis completo, ver CUCHILLO FOIX, Montserrat, “Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)”, Civitas, Madrid, 2006.

Al principio fue la Administración prestadora y planificadora y de ahí se ha pasado hoy al Estado prestador y planificador.

La justificación de esta injerencia es cuestión muy discutida, que vimos se entronca con la definición de Estado, pero de la que prescinde el Derecho Administrativo, porque se limita a estudiar las normas jurídicas que regulan las instituciones en que se informa parte de la actuación del Estado en la actualidad.

El problema es tan sólo pasar de la normatividad a la realidad social; pasar por una adecuada regulación legislativa y una eficaz configuración y ejecución administrativa. *“Las obligaciones que la Constitución impone al Estado prestador en el ámbito de la cultura, de la economía y del trabajo tienen una eficacia objetiva y no son directamente justiciables; y, sin embargo, como principios, llegan más lejos que los derechos subjetivos”*³⁰⁴

Es notable este hecho: mientras las escuelas científicas discutían sobre la utilidad de la injerencia del Estado, ésta con un proceso gradual pero continuo y firme se extendía. Es un proceso que se cumple desde hace siglos, primero pasó inadvertido, fue tolerado después, y se ha impuesto inexorablemente.

³⁰⁴ JOSE MARIA RODRIGUEZ DE SANTIAGO *“La Administración del Estado Social”*
Marcial Pons – Año 2007.

Las necesidades reales han prevalecido sobre las posturas doctrinarias y ello hace que el aspecto jurídico, sea subsidiario.

Lo confirmamos a partir de verificar que la actividad del Estado se concreta por medio de leyes, con lo cual el carácter jurídico puede desprenderse de una de las dos siguientes:

1.- Que la actuación de los fines sociales del Estado se concreta mediante la cooperación de los diversos entes jurídicos que consta la administración; y en tal caso es claro que entre ellos se crean relaciones reguladas por normas jurídicas (como por ejemplo entre el Estado, Provincia y Municipios vinculados a infraestructura de servicios : caminos , autopistas , puentes) y

2.- Que el Estado, para el carácter subsidiario de su actividad social, se sirve de medios que implican una coacción sobre las diversas formas de libertad individual. Así por ejemplo, cuando el Estado declara obligatoria la enseñanza primaria, limita la libertad personal de los padres; limita la libertad de industria; cuando impone los criterios del régimen forestal, cuando limita el derecho de propiedad a través de la expropiación.

En todos estos casos tenemos una materia eminentemente jurídica, no ya por la razón que determina el instituto, razón que es y sigue siendo *social*, sino más bien por los medios con que el mismo instituto viene aplicado y que implican una intervención directa del Estado en la esfera de la libertad de los ciudadanos,

intervención que se hace por vía del derecho de imperio que compete al Estado.

3.10.1- DISTINTAS NECESIDADES SOCIALES, SOBRE LAS CUALES INTERVIENE EL ESTADO

Existen diversos ámbitos administrativos de actuación del Estado social sin que exista un modelo de procedimiento administrativo de la prestación material o de servicios, esto es, una estructura procedimental que se separe de su tradicional dependencia dogmática del acto administrativo como forma de actuación administrativa.

Se verifica en los hechos que hay formas y técnicas administrativas de articulación de la colaboración entre el Estado y la sociedad, que procuran dirigir la actividad administrativa siempre a través de programas normativos materiales, como vía para hacer valer los derechos fundamentales en juego.³⁰⁵

³⁰⁵ La lista de capacidades en la Teoría desarrollada por la Dra. Nussbaum, ob cit, pag 74 , que expresa la autora *“puede ser utilizada como una fuente de principios políticos durante un periodo de diseño constitucional , o en un momento posterior , como una fuente para la interpretación de esa constitución .Puede guiar la interpretación judicial de los derechos fundamentales, aunque dentro de unos límites fijados por el texto constitucional y por los precedentes.*

Las necesidades de la sociedad, tienen una clara correspondencia en las del organismo individual del que son, en el fondo, la resultante final.

Si partimos de las *necesidades físicas de las personas*, en el sentido del cuidado y del bienestar de su salud; luego de sus *necesidades económicas*, produciendo y cambiando bienes y por último de sus *necesidades espirituales*, cultivando su inteligencia, adquiriendo conocimientos, satisfaciendo el gusto hacia las bellas artes, y así sucesivamente.

Como contracara, ellas se reflejan en "necesidades sociales": según que se dirijan al mantenimiento de la salud de la comunidad; a la producción, circulación y consumo de la riqueza; al desarrollo de la cultura y de las artes.

Y como correspondencia tendremos, las categorizaciones según que la injerencia del Estado se ejerza en cada una de estas relaciones.

Cuando la injerencia del Estado se focaliza en las relaciones físicas surgen institutos del Derecho Administrativo vinculados a la salud pública. Esta es una de las materias en que mayores son los nexos entre la actividad jurídica y la actividad social, pues esta ínsito en el concepto de "tutela jurídica" que comprende el cuidado de la integridad personal de los grupos sociales.

Esta tutela jurídica, se ejerce en el sentido de la actividad social del Estado, cuando realiza actividades dirigidas al «cuidado de la salud pública» y se ejerce como actividad jurídica, cuando en ejercicio del poder de «policía sanitaria», por ejemplo prohíbe que se establezcan industrias contaminantes en proximidad a una zona urbana.

A esta esfera del Derecho Administrativo social corresponde la injerencia del Estado en las relaciones físicas de la sociedad, como organismo físico de la misma.

En cuanto a la injerencia del Estado en las relaciones económicas, que constituiría la segunda gran división del Derecho Administrativo social, encontramos aquellas relaciones que pueden estar dirigidas a la producción, a la circulación, a la distribución de la riqueza. De la injerencia sobre la producción de la riqueza se deriva toda aquella vasta parte de la legislación social que regula la agricultura y las industrias afines. De esta legislación forman parte las disposiciones del Código civil sobre la propiedad y las servidumbres en general, del mismo Código y de la ley de obras públicas sobre el derecho de las aguas, las disposiciones tomadas contra la difusión de enfermedades agrarias contagiosas.

Característica es también la injerencia del Estado sobre ciertas industrias, donde se prioriza el interés general de la

comunidad, y por ejemplo las atinentes al régimen forestal dirigido a regular las talas y a promover la remediación ambiental.

En la esfera práctica, del Derecho Administrativo la injerencia del Estado se visualiza más claramente en las relaciones económicas vinculadas a la circulación de la riqueza. Aquí encontramos institutos jurídicos, que forman parte integrante de los fines de la administración pública, tal como la injerencia del Estado en torno a los medios de comunicación vinculados al transporte de personas o de carga. Lo que involucra la amplia temática sobre vías de comunicación terrestres; acuáticas (mares, ríos, lagos, canales navegables); vías férreas; Correos y telecomunicaciones.

Institutos que son ejercidos casi en exclusividad por el Estado en el interés público y están reguladas en todo caso por importantísimas normas de Derecho Administrativo; tanto en la construcción como en su ejercicio, tanto para la seguridad y regularidad de los servicios como para los grandes fines de la defensa del Estado, etc.

Toda esta materia constituye una parte muy extensa del Derecho Administrativo, este comprende, una segunda parte, o Parte Especial, en la cual se estudia la legislación que regula la intervención pública en los más diversos sectores de la actividad humana (urbanismo, medio ambiente, salud, educación, industria, agricultura, comercio, sistema financiero, seguridad pública,

intervención en la economía, turismo, orden público, defensa, etc.).

En materia de circulación de la riqueza, el Estado interviene ampliamente en el régimen monetario, asegurando con su marca el valor intrínseco o ficticio de las monedas e imponiendo su circulación con medios legales. Además la ley regula con un ordenamiento específico el crédito público, creando o rodeando de garantías el ordenamiento y la acción de las grandes instituciones de crédito (Bancos).

Por último, no dejamos de señalar que el Estado interviene en las relaciones intelectuales, promoviendo la cultura. Y puede decirse que ésta es una de las ramas del Derecho Administrativo social que ha adquirido la máxima autonomía e importancia. Áreas vinculadas al desarrollo, la administración de la instrucción pública, de las nuevas tecnologías, cuentan con un abanico de normas que conforman un ordenamiento donde en general el Estado, amplía las condiciones favorables a la cultura para todos los grupos sociales.

El Estado social supone una respuesta histórica a la denominada “cuestión social” y representó la asunción por el Estado moderno de reivindicaciones del “movimiento social”. La respuesta a la pregunta sobre el contenido del Estado social —más allá de la simple idea intuitiva de “más justicia social”, “más igualdad real” o “más seguridad social”—se obtiene de la

conexión del dato positivo constitucional (en países como España), con una Constitución social “densa”, no con una idea teórica explicativa del conjunto, sino con datos de tipo histórico-empírico relativos a las reivindicaciones y logros del movimiento social.

En la Argentina, desde el año 2003 en adelante las políticas públicas activas diseñadas, implementadas y aplicadas, son verdaderas políticas de restitución de derechos, porque revisten dos características esenciales: son **UNIVERSALES** porque se aplican sobre el colectivo necesitado de protección especial: ej Asignación Universal por Embarazo³⁰⁶ que beneficia a trabajadoras informales embarazadas y además son derechos **EJECUTABLES** ante el incumplimiento, porque las normas que los instrumentan establecen las condiciones de reconocimiento y otorgamiento de esos derechos.

En lo personal, estoy convencida que los derechos carecen de valor cuando no pueden ser ejercitados y carecen de virtualidad jurídica cuando no pueden ser ejecutados.

En ese marco la función jurisdiccional es, en nuestros días, el centro álgido de las garantías que el Estado debe poner a disposición de los sujetos de intereses tutelados por la norma jurídica, para responder a la apremiante necesidad de infundir

³⁰⁶ Consiste en una prestación monetaria, no retributiva, que se abona mensualmente a la mujer embarazada desde la semana 12 de gestación hasta el nacimiento o interrupción del embarazo.(www.anses.gob.ar).-

certeza a la titularidad y ejercicio de los derechos individuales y sociales.

La constante amenaza que constituye -para la adecuada satisfacción de aquella necesidad básica- el intrincado tejido social, que ha sido largamente hilvanado por el alto nivel técnico y científico, que han ido adquiriendo las diversas actividades que se despliegan en su trama cotidiana, demanda mecanismos de seguridad en el goce de los bienes que la ley garantiza a los ciudadanos, a los grupos sociales y a la comunidad toda, cuyo eje se localiza en la misión de administrar justicia que la humanidad ha delegado históricamente en el Estado.

Esa creciente complejidad con que se presentan los intereses que reclaman protección estatal y el variado el diseño de los instrumentos de tutela que las normas jurídicas se han visto empujadas a adoptar, desemboca, inevitablemente, en la necesidad de configurar la jurisdicción como una actividad estatal imbuida de un pronunciado tecnicismo, que no se presta a una profunda y precisa individualización de sus notas esenciales si no es con la ayuda de adecuadas herramientas dotadas de elaborada condición científica.

Fue muy difundida en el derecho argentino³⁰⁷ la idea de PODETTI de que *“Todo el derecho procesal gira alrededor de tres instituciones básicas: la jurisdicción, la acción y el proceso”*³⁰⁸ de las cuales la primera cuenta, en el pensamiento del autor, con la primacía lógico-doctrinaria, puesto que *“Sin la dilucidación previa de la idea de jurisdicción no puede conseguirse una acepción lógica de la acción. Y sin sentar debidamente estos dos conceptos previos, es ilusoria toda tentativa de entender lo que es el proceso”*³⁰⁹. La jurisdicción adquiere así en la doctrina del autor una importancia capital.

La elaboración del concepto de jurisdicción exige, para PODETTI, prestar cuidadosa atención a las circunstancias históricas en que esa tarea se cumple³¹⁰, pues el instituto se encuentra, todavía, en plena evolución y este proceso de carácter histórico y científico no culminará sino cuando se vea coronado lo que el autor señala como el tercer período, “en el cual ha de

³⁰⁷ Y lo destacan todos los foros académicos argentinos, tal como lo hace el profesor Efraín QUEVEDO MENDOZA, Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina.

³⁰⁸ “Tratado de la competencia”, 2° ed., act. Víctor A. GUERRERO LECONTE, Ediar, Buenos Aires, pág. 15.

³⁰⁹ “Teoría y Técnica del Proceso Civil”, Ediar, Buenos Aires, 1963, ps. 99 y 100.

³¹⁰ Se contrapone este enfoque con el que exhibe un importante sector de la doctrina nacional; así, PALACIO aplaude el “rigor científico” de la teoría kelseniana sobre la jurisdicción, que “prescinde de todo el complejo de consideraciones históricas y políticas que siempre gravitan negativamente en el esclarecimiento de la difícil cuestión que nos ocupa” (“Derecho Procesal Civil”, t.I, 2° ed, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 332)

integrarse y delimitarse la función de los jueces, con el carácter de *exclusiva y excluyente*³¹¹ lo que implica que un órgano del Estado tendrá la *exclusividad* en el ejercicio de la jurisdicción y a su vez excluirá del ámbito de esa función el “ejercicio de la función de legislación o administración”, propiamente dichas³¹²; puesto que, en el sentir de este jurista , “Los jueces *sólo deben ser jueces y ser sólo ellos jueces*”³¹³ .

Consecuente con su pensamiento, no deja nuestro autor de analizar la realidad nacional, localizando en ella el grado de evolución alcanzado por la jurisdicción. Enfatiza que “*en países como el nuestro, donde la división tripartita de poderes es no sólo un principio constitucional asentado históricamente en la Constitución de la Nación y en todos los estatutos provinciales, sino un axioma intangible de nuestro ideario político, parece que*

³¹¹ “Teoría y Técnica”.cit, p. 347.

³¹² Ibidem, pág. 350.

³¹³ Ibidem, ps. 155 y 156; inmediatamente aclara el autor que la afirmación transcrita en el texto “no implica negar la función administrativa o de superintendencia para organizar las oficinas, el personal y material necesario para la administración de justicia, ni la de dictar reglamentos y acordadas para ese fin o dentro de la penumbrosa zona de las “prácticas judiciales”, mientras estas últimas no sean reglamentadas por ley, sino solo negar en absoluto la realización de actos propiamente administrativos o que impliquen un poder de legislación”. Esta firme concepción de PODETTI, seguida por CLARIA OLMEDO (“Derecho procesal”, t. I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, pág.197- y por IBAÑEZ FROCHAM “La Jurisdicción”, Astrea, Buenos Aires, 1972, pág. 193- recibió la empinada crítica de Palacio, para quien no cabe identificar “los conceptos de “órgano jurisdiccional” y “órgano judicial” (ob.ob.cit, pág. 326) y la función que se atribuye a éste merece el rótulo de “función pública procesal”, puesto que en su concepto, desborda la idea de “jurisdicción” (ob.ob.cit, pág. 321).

ya deberíamos haber llegado a la culminación de ese período integrativo y que, en consecuencia, toda la jurisdicción fuese función judicial y solo actos jurisdiccionales pudieran realizar los jueces”³¹⁴.

a) *Relatividad del concepto de jurisdicción*

PODETTI³¹⁵ destaca el carácter histórico y por lo tanto, eminentemente relativo de la función jurisdiccional del Estado, que, respondiendo a una necesidad básica de la humanidad – solución pacífica de los conflictos- ha evolucionado, pausada pero firmemente, transformándose en un cometido esencial del Estado moderno, a través del cual se persigue uno de sus fines propios, que se cumple mediante una actividad de alto contenido técnico.

El autor creyó cerrado el proceso evolutivo seguido por la jurisdicción con la plena y exclusiva asunción por uno de los tres órganos entre los que se distribuye el poder soberano del Estado, lo que, seguramente, se compadecía con el contexto histórico que le tocó vivir³¹⁶.

³¹⁴ “Teoría y técnica”, cit, pág. 350.

³¹⁵ En palabras del Dr. Efraín QUEVEDO MENDOZA.

³¹⁶ Adviértase que, todavía, en la década setentista del siglo pasado un procesalista argentino del nivel de Clemente A. DÍAZ, decía, respecto de la “jurisdicción internacional”, o “supranacional”, que *“tropezará siempre, mientras las tendencias nacionalistas de los países no desaparezcan, lo que se juzga imposible por lo menos en las actuales condiciones internacionales, con el serio inconveniente de la soberanía nacional, pues si el Estado reconoce la existencia de un Super-*

En la elaboración de un concepto que nos permita localizar el poder jurisdiccional del Estado entre las actividades que caracteriza el accionar estatal de nuestros días, hay que señalar el carácter evolutivo de aquella potestad - modelada siempre por las concepciones filosóficas y políticas imperantes, por las ideologías que se disputan el poder en el mundo, por los intereses económicos y sociales predominantes, y en fin, por las condiciones jurídicas y materiales en las que debe desenvolverse. La tarea del jurista debe orientarse a obtener una idea de jurisdicción que resulte de la ponderación de las condiciones apuntadas, en un momento institucional, político y socioeconómico determinado.

Son las formas en que se manifiestan la organización de la estructura estatal puesta al servicio de la jurisdicción y la actividad dirigida a su ejercicio, las que dan relatividad al instituto que nos ocupa³¹⁷.

Estado o de un organismo al cual debe acatamiento, la noción misma de la Soberanía sufriría una seria transformación. De ahí que los generalmente bien inspirados propósitos de los gobernantes de constituir un ente supranacional hayan fracasado en la práctica, transformándose en organismos conciliarios desprovistos del único elemento capaz de hacerles útiles: el Poder” (“Instituciones de Derecho Procesal”, t. II, v. A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p 20).

³¹⁷ CLARIA OLMEDO apunta que los “elementos formales” de la jurisdicción confirman “la nota de relatividad tan necesaria para un debido enfoque procesal” de aquélla (ob.cit, pág. 198); también PODETTI entendía que “no es fundamental a la institución el que se encarne en un poder del Estado es decir que, la función jurisdiccional puede no corresponder a una rama del poder público” (“Tratado”...,cit., pág. 18) y agregaba que “tampoco es esencial que su ejercicio sea provocado o espontáneo...” (ibidem)

b) Las notas técnicas de la jurisdicción:

En sus orígenes la jurisdicción pudo desenvolverse como una actividad social más, dirigida a superar los conflictos surgidos entre los integrantes del grupo, justificada sólo por la necesidad de pacificar a la comunidad evitando el enfrentamiento violento entre sus integrantes y persiguiendo el único fin de eliminar ese enfrentamiento a toda costa.

El tercero imparcial que, en algún momento de la historia de la humanidad, se interpuso entre las partes para impedir que se utilizara la violencia física como medio de superar los conflictos de intereses, al impulso de la necesidad de evitar el caos social y posibilitar la vida en sociedad, era en realidad un *sustituto* de los contendientes en la búsqueda de mecanismos de superación de las disputas violentas entre particulares o entre grupos sociales. La actividad jurisdiccional no se distinguía de cualquier otra de naturaleza social, salvo por su objeto, que no era otro que la composición del conflicto³¹⁸.

³¹⁸ El fenómeno es descrito por David LASCANO: "... si como lo observa Belloc, en la infancia de las sociedades, la fuerza individual ha sido el único medio de que disponía el hombre para defender sus intereses privados, no ha podido perdurar mucho tiempo ante la conveniencia de mantener la armonía del grupo. Para evitar las disputas sin efusión de sangre y sin el empleo de la violencia, que, como es natural, conspiraba contra la exigencia de subsistir, ha debido sentirse la necesidad de la justicia...Antes de toda noción científica del derecho y de toda distinción razonable entre lo justo y lo injusto, ha preocupado a los hombres la formación de los tribunales de justicia" ("Jurisdicción y Competencia", Kraft, Buenos Aires., 1941, p. 10).

Pasando por alto la larga evolución sufrida a través de los siglos³¹⁹ es claro que la jurisdicción ha adquirido, en nuestros días, un sentido diferente a aquel que tuvo en los primeros pasos de la humanidad. Sintetizamos esa diferencia en el *carácter técnico* que tiene hoy el ejercicio de esta función, que impide que la jurisdicción continúe considerándose hoy como una simple actividad orientada a la eliminación de los conflictos que se suscitan en la comunidad³²⁰.

El advenimiento de las democracias constitucionales modernas, acentuó la preocupación por brindar a los conflictos, no una solución cualquiera –que despejara el peligro del desorden-, sino, básicamente, una solución *racional* y sobre todo, *justa*. Este objetivo es el que impulsa la creación del Estado de Derecho – como ya hemos reseñado- y que, básicamente, consiste en someter toda la actividad social, incluida la que despliega el Estado, a normas que prescriben, preventivamente, las conductas

³¹⁹ Una síntesis muy lograda de los principales hitos de esa evolución, puede verse en PODETTI, “Teoría y técnica...”, cit, ps. 341 a 347.

³²⁰ Se ha dicho que “con el advenimiento del Estado moderno, la separación de sus poderes, la eclosión de los trabajos doctrinarios en los siglos XIX y XX, la ciencia jurídica elabora un concepto técnico de jurisdicción –no necesariamente divorciado de su etimología latina.... – (IBÁÑEZ FROCHAM, cit, p. 42).

que deben asumir los integrantes del grupo para componer sus conflictos de intereses³²¹.

La jurisdicción adquiere, en ese contexto, un sentido particular, no ya como mecanismo que suministra, en lugar de los sujetos en conflicto, la solución inmediata y directa de la disputa, sino como modo de realizar la solución que la sociedad ha estimado justa para la superación del conflicto, en los supuestos en que esa solución no es asumida inmediatamente por los sujetos enfrentados –modo indirecto de realización del derecho-.

Acertadamente se ha afirmado que *“la acepción técnica actual”* de la jurisdicción *“no puede determinarse sino teniendo en cuenta el régimen de las sociedades modernas. En ellas las normas jurídicas desempeñan un papel primordial y de su naturaleza y carácter deriva la función jurisdiccional”*³²².

Las consecuencias de este cambio en la manera de entender los fines del Estado y el modo de perseguirlos, repercute, no solo en un nuevo planteamiento del fin primordial de la jurisdicción -el

³²¹ En el sentido expresado en el texto, se ha señalado como característica del moderno Estado de Derecho, su estructuración en un “sistema de órganos mediante los cuales exterioriza una voluntad concreta y realiza las funciones encaminadas al cumplimiento de sus finalidades específicas” y el sometimiento de la relación del Estado “con los habitantes de su territorio, en interés de éstos y con la finalidad de protegerlos contra la arbitrariedad y la injusticia” a una “disciplina jurídica” (DÍAZ, Clemente, cit, p. 3 a 5).

³²² LASCANO, David, cit, p. 11.

que, de la *solución de conflictos*, se desplaza a la *actuación de la ley*- sino, además, en las formas en que debe ejercitarse ese poder estatal, el cual no es ya “innato, ni arbitrario ni absoluto” sino “delegado, reglamentado y limitado”³²³, por cuanto, como toda actividad del Estado, la judicial se encuentra, también, sometida a la ley.

La escisión de la actividad jurídica del Estado, en legislativa y jurisdiccional, trae consigo, como se ve, una doble complicación en la función de juzgar que se confía a los jueces, los que, ahora, no solo deben decidir las disputas conforme a una regla impuesta por un órgano estatal diferente –poder legislativo- y que rige anticipadamente la relación intersubjetiva en crisis, sino que esta tarea debe cumplirla “conforme a un sistema de normas de actuación igualmente emanadas del legislador”, de suerte que “*Es un complemento de la garantía judicial, que el juez proceda y decida conforme lo establece, como regla, el legislador*”³²⁴.

En la doctrina argentina se discute, la exclusividad del ejercicio de la jurisdicción por el Poder Judicial, admitiéndose, por un importante sector, que el Poder Ejecutivo ejercite funciones jurisdiccionales en aquellos casos en que la ley se las atribuya³²⁵.

³²³ PODETTI, “Teoría y técnica...”, cit. p. 349.

³²⁴ CLARIA OLMEDO, cit. p. 200.

³²⁵ Véase PALACIO, Lino E., (cit. p. 323). Decía LASCANO que “Por razones históricas, de ambiente o meramente accidentales, se ha llegado a tolerar o admitir derechamente en ciertos casos, que parte de la función jurisdiccional sea ejercida por otros poderes, además del judicial” (cit., p. 81).

A favor de esta corriente de opinión, en numerosas oportunidades, el legislador ha asignado atribuciones propias de la jurisdicción al Poder Administrativo³²⁶.

Participo de la opinión que nuestra Constitución Nacional se encuentra informada por aquellas corrientes doctrinarias que promovían una plena autonomía, orgánica y funcional, del poder jurisdiccional, sin desconocer la necesidad de armonizar el ejercicio del poder entre los tres órganos que integran la estructura del Estado, lo que exige una interrelación de las respectivas funciones. La Constitución se ha encargado de resguardar especialmente al poder jurisdiccional, confiándolo íntegramente a uno de aquellos -Poder Judicial-, al que rodea de particulares garantías de independencia y autonomía, cualidades indispensables para que esta singular porción del poder estatal responda, en su ejercicio, a los particulares fines que le son propios³²⁷.

³²⁶ Ley 14.455, de asociaciones profesionales de trabajadores; Código de Justicia Militar (ley 3679); ley 15.265, de creación del Tribunal Fiscal de la Nación; entre otros cuerpos normativos.

³²⁷ Se ha dicho que "... para llegar a lo que se ha dado en llamar independencia del poder judicial ha debido pasarse por un lento y gradual proceso de elaboración. Mucho hubo que andar antes de que se percibiera claramente la incompatibilidad psicológica hoy tan nítida, entre el oficio de juzgar, el de administrar y el de dictar la ley. Por largo tiempo no se reconoció la exigencia de la separación orgánica de la función jurisdiccional" (LASCANO, cit., p. 75).

3.11 - HACIA UN CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

La profunda diversidad de opiniones que muestra la doctrina nacional e internacional sobre el tema que nos ocupa, constituye un obstáculo difícil de sortear para quien emprende la tarea de conceptualizar a la jurisdicción³²⁸.

No es objeto de este trabajo profundizar sobre aquellas doctrinas, pero básicamente hay dos grandes líneas de pensamiento que dividen la doctrina procesal en punto a localizar las notas esenciales de la idea de jurisdicción. Un sector pone el acento en los *aspectos formales* del ejercicio del poder estatal (estructura del órgano; modos de procedimiento; efectos que se derivan de su ejercicio; etc.), sobre la base de considerar imposible encontrar un elemento sustancial que identifique por sí a la jurisdicción y con el propósito de facilitar su ubicación en el intrincado cúmulo de funciones estatales. Otro sector prefiere buscar encontrar, entre los *elementos materiales* del poder jurisdiccional, aquél o aquéllos, que forman su contenido esencial y permanente (objeto o materia; finalidad; contenido; etc.), por encima de los aspectos externos o puramente contingentes, con que cada ordenamiento reviste el ejercicio de aquél poder.

³²⁸ En líneas generales hablamos de jurisdicción para referirnos a *la actividad del Estado encaminado a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto.*

El ordenamiento jurídico argentino identifica la jurisdicción no sólo por su objeto y contenido (artículo 108, 109 cit., 110, 115 y 5°, Constitución Nacional), sino, también, por la *estructura del órgano* en el cual se confía su ejercicio y por las *formas* a las que se somete su *proceder* (artículo 18, Constitución Nacional). Aspectos formales y materiales integran la idea de jurisdicción en el ordenamiento jurídico argentino.

a) Aspectos formales:

En el derecho argentino, la jurisdicción solo puede ser ejercida por órganos creados por la ley con anterioridad a la causa sometida a juzgamiento (artículo 18, Constitución Nacional, “juez natural”); esos órganos integran una estructura independiente de los otros Poderes del Estado (artículo 109, Constitución Nacional) y los magistrados incorporados a ella para el ejercicio de la función, deben ser por completo ajenos a los intereses comprometidos en las causas en las que son llamados a intervenir (*imparcialidad*).

El modo en que deben proceder aquellos funcionarios en el ejercicio de la jurisdicción se encuentra, asimismo, sujeto a las reglas que dicte el legislador, las que, a la vez, están subordinadas al conjunto de imperativos y valores que la Constitución Nacional apontoca en la expresión “juicio previo” (artículo 18) equivalente al “debido proceso” del derecho norteamericano.

b) Aspectos materiales

Es en el *aspecto material* de la jurisdicción (objeto, materia, contenido y finalidad) donde se han suscitado las mayores discrepancias doctrinarias, destacándose elementos en los que convergen opiniones disímiles: la *finalidad* y la *materia u objeto* sobre el que recae el ejercicio del poder.

En orden a la *finalidad*, han sido señaladas dos líneas de pensamiento: la que asigna a la jurisdicción una dirección *subjetiva*³²⁹, tendiente a tutelar los derechos o intereses en conflicto; y la que le reconoce una función puramente *objetiva*, dirigida a actuar la ley o a reconstruir el orden jurídico violado.

En lo que concierne a la *materia juzgable –objeto-*, puede, también, sistematizarse la doctrina dividiéndola en dos tendencias fundamentales: la que considera indispensable la existencia de un *conflicto* para que pueda ejercitarse la jurisdicción; y la que acepta que basta con la presencia de un *caso concreto* que requiera de la actuación –indirecta- de una norma jurídica, para que se imponga el ejercicio de la jurisdicción.

Esa finalidad *-objetiva-* y la necesidad de independizar al juzgador de los intereses en litigio, manteniendo su imparcialidad

³²⁹Expresa CLARIÁ OLMEDO que “Es dable advertir un desdoblamiento entre las posiciones doctrinales; doble criterio que se manifiesta en las teorías que, en general, podrán caracterizarse como objetivas y subjetivas; esto sin perjuicio de que nuestros procesalistas se esfuercen por coordinar ambas orientaciones” (cit, ps. 200 y 2001).

a ultranza, se conjugan para dar carácter imperativo al *principio de la demanda*, del que se desprende la necesidad absoluta de que medie iniciativa de parte para que la jurisdicción se ponga en movimiento (*Ne procedat iudex ex officio*) y la simétrica prohibición para el juez de avocarse de oficio al conocimiento y decisión de las causas (*Nemo iudex sine actore*)³³⁰.

La realidad jurídica de nuestros tiempos nos muestra que aquella función privativa se ha visto notablemente ensanchada y el orden jurídico confía hoy a los jueces no sólo la composición de los litigios, sino, también y esencialmente, la declaración de la voluntad legislativa y hasta la producción de situaciones o relaciones jurídicas nuevas. Es así que la esencia de la jurisdicción no puede buscarse hoy solamente en la “definición del litigios”³³¹, y se concatena con la búsqueda de la justicia material a partir de la reforma constitucional de 1994 y la vigencia del paradigma protectorio en Argentina.

En el caso argentino, mucho se ha trabajado el tema del *control judicial de las políticas públicas* (Héctor Mairal, Jorge Maiorano), como también en España (v.gr., Tomás-Ramón

³³⁰ Apuntamos una disidencia con PODETTI, para quien “*Cuando el interés público prepondera la función jurisdiccional entra en movimiento de oficio...*” (“Teoría y técnica”..., cit, p.351); pensamos que el autor citado vierte su afirmación bajo la influencia de las leyes procesales penales vigentes en la época en que desarrolló su labor científica.

³³¹ QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., “Los órganos auxiliares y el ejercicio de la jurisdicción”, JA. 1980 – III – 823.

Fernández). Debe quedar en claro cuál es el rol debido a la jurisdicción, para que no sea renuente ni tampoco se exceda en el obrar: *“La intervención judicial en las políticas públicas, en aras de preservar su legitimidad, debe estar firmemente asentada sobre un estándar jurídico: la regla de juicio sobre cuya base interviene el Poder Judicial no puede ser otra que un criterio de análisis de la medida en cuestión que surja de una norma constitucional o legal: por ejemplo, los estándares de ‘razonabilidad’, ‘adecuación’ o ‘igualdad’, o el análisis de contenidos mínimos dados por las propias normas que fijan derechos, o la conducta fijada expresamente por la ley e incumplida por la Administración”*.³³²

Pero el cambio de paradigma ha sido evidente, sobre todo en el contexto español. Refiere el Profesor TOMAS-RAMON FERNANDEZ que *“en el eje de coordenadas de la Constitución vigente, no tiene cabida el viejo esquema de la ley revolucionaria de separación de las actividades administrativas y judiciales. El art. 106.2 de nuestra Norma Fundamental afirma exactamente lo contrario, esto es, que corresponde precisamente a los Tribunales controlar la legalidad de la actuación administrativa, término el de ‘legalidad’ que debe entenderse aquí como sinónimo del de ‘juridicidad’, supuesto que la propia Constitución en su art.103 exige que la Administración actúe ‘con sometimiento pleno a la*

³³² ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Christian, “El umbral de la ciudadanía (El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 144.

Ley y al Derecho' y, por lo tanto, también al principio general de interdicción de la arbitrariedad que proclama el art.9.3, in fine, del propio texto constitucional".³³³

En definitiva, los remedios procesales tampoco pueden desgajarse de una noción de eficacia. Se dice, por ejemplo y sobre el punto, que el amparo en Argentina, constitucionalizado a partir de la reforma de 1994 en el significativo artículo 43, ha sido, en palabras de MORELLO, “rendidor”, en cuanto eficaz.

Similarmente, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (o “Pacto de San José de Costa Rica”), hoy en mi país con jerarquía constitucional a tenor del artículo 75.22 C.A., consagra el derecho a un “*recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo*”, lo cual, también y en otro contexto, se emparenta con la pauta de la “tutela judicial efectiva” que contiene el artículo 24 C.E.

La “eficacia” de los instrumentos protectorios de derechos humanos ha venido siendo resaltada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, que constituye la última instancia en materia de derechos humanos en el continente americano.

³³³ FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “Alcance del control judicial de las políticas públicas”, en “Revista Jurídica de Buenos Aires” 2004, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005 p. 285.

Ha dicho sobre el punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que *“Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte (artículos 67 y 68.1 de la Convención). Las disposiciones contenidas en los mencionados artículos deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva”*. (Sentencia de la CIDH recaída “in re” “Baena, Ricardo y otro c. Panamá”)

Por lo demás, otro concepto de eficacia está dado por un interesante estándar interpretativo, que ha usado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú, llamado “eficacia integradora”. En efecto, y con cita de GARCIA PELAYO, esa jurisdicción constitucional entiende que para lograr desentrañar la racionalidad y la voluntad objetiva del constituyente, “*coadyuvan*

los principios interpretativos institucionales de ‘unidad de la Constitución’, ‘eficacia integradora’ y ‘concordancia práctica’”.³³⁴

El actual magistrado de ese Tribunal CÉSAR LANDA ARROYO ha manifestado en sede doctrinal que tal principio “*valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de este cuerpo normativo. Con ello se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que integra a los valores minoritarios con el mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de los intereses sociales, dentro de la unidad política*”.³³⁵

En definitiva, y como bien ha resaltado en muchas de sus obras BIDART CAMPOS, los derechos subjetivos son ambivalentes o bi-frontes, en tanto invocables y oponibles: a) frente al Estado (Administración, Legislación, Jurisdicción) y b) frente a otros particulares.

La eficacia es exigible, como se verá “infra”, ante la Administración Pública, pero a esa regla no se sustrae ni la faena legislativa, ni la tarea jurisdiccional, discurriéndose incluso acerca

³³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 11 de noviembre de 2003.

³³⁵ LANDA ARROYO, César, “Tribunal Constitucional y Estado Democrático”, Palestra, Lima, 2003, ps. 495/496.

de la “eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares” (la famosa *drittwirkung* germana).

3.12- EL PROBLEMA DEL ACCESO A LA JUSTICIA

El problema del acceso a la justicia, en el marco de este trabajo, no busca como resultado conocer con mayor o menor grado de suficiencia, los diagnósticos sobre dificultades en cuanto a lentitud de procesos, excesivo formalismo en los códigos o las deficiencias organizacionales de los Tribunales, sino que busca una evaluación que nos permita hacer visibles los problemas y aspectos específicos de la justicia en relación con los conflictos que surgen con motivo o en ocasión del quehacer político del Estado, esto es con motivo de llevar adelante políticas públicas activas que generan tensiones o conflictos.³³⁶

Es imperativo plantearnos dónde se ubica la justicia, cuál es el concepto actual del término y cuáles son las circunstancias en las que se enmarca ese concepto. La premisa es ver si: a) Se garantiza el ejercicio y el uso de las libertades y derechos que prescriben las leyes; b) Si todos los ciudadanos cuentan los

³³⁶ el *contextualismo* de una buena interpretación, al decir de Nussbaum, ob cit “ Crear Capacidades” pag 163 significa que los principios abstractos, se materializan en un contexto concreto. Como ella misma expresa , se trata de “.....conectar la lista de capacidades, con aquella parte de la constitución escrita de un país (o de sus principios constitucionales no escritos, cuando carece de carta magna formal) que estipula y concreta los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas “.pag 154

medios para actuar y defender sus derechos ante las desigualdades o inequidades; c) Si el Estado da o asegura una respuesta oportuna y bajo la pretensión de “dar a cada uno lo suyo”.

En este camino, como las necesidades en la sociedad son siempre ilimitadas y los recursos económicos para atenderlas son limitados, el Estado debe poner a disposición las herramientas necesarias para tutelar los derechos y libertades de las personas, garantizando su acceso y la realización de la mejor forma.

Se trata en definitiva de encuadrar las aspiraciones individuales, en las normas legales, implementando los instrumentos idóneos y dispositivos institucionales que aporten igualdad y equidad a las relaciones sociales.³³⁷

Bajo la doctrina que sostiene que toda decisión de la Administración, por discrecional que sea, es susceptible de control judicial y ese control no es de mera legalidad, como PAREJO afirma, sino de juridicidad, es que la Administración ha de actuar «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (artículo

³³⁷ Citando a Alberto CALSAMIGLIA “Racionalidad y eficiencia del derecho”, México, Fontamara, 1993 pp 30 y 33. “Una sociedad no solo es justa si respeta una concepción determinada de igualdad, sino también debe asignar correctamente los recursos ... La eficiencia,... podría ser considerada como uno de los componentes esenciales de una sociedad justa ...las transformaciones del estado contemporáneo suponen un nuevo sistema de legitimación .. ofrecer unos servicios públicos adecuados. A la legitimación por la legalidad se añade la legitimación por la eficacia”.

103.1 de la Constitución), amén de «a los fines que la justifican» (artículo 106.1) y en tal inteligencia , el juez puede llegar en su crítica y en su decisión sobre los actos discrecionales de la Administración tan lejos como el Derecho le permita, entendiendo que la última palabra la tiene siempre el Derecho.

Entre los temas afectados por el artículo 24 de la CE de una manera directa, la doctrina española identifica como quicio del contencioso:

- A) La decisión administrativa previa como expresión de un poder de autotutela, que dispensa a la Administración de tener que acudir al Juez para poder atender sus propios intereses, sigue siendo una técnica sin la cual nuestras Administraciones difícilmente podrían funcionar junto al carácter suspensivo de los recursos donde se ventilan derechos fundamentales.**
- B) La exigencia de la vía administrativa previa para poder acceder al contencioso, es evidente que se trata de una reduplicación del privilegio de la decisión previa. Se dispensa de esa exigencia de agotamiento de las vías internas por el principio de la efectividad. Esta regla de la efectividad (es el mismo término que emplea el artículo 24 de la Constitución: «tutela efectiva») debe llevar en el Derecho interno a la misma consecuencia.**

- C) El tema de la fugacidad de los plazos impugnatorios. El Tribunal Constitucional ha dicho ya que los actos contra derechos fundamentales son nulos de pleno derecho.**
- D) El tema de la legitimación para recurrir. Aunque el texto del artículo 24 de CE, por influencia del mismo artículo 24 de la Constitución italiana, emplea los conceptos de tutela de sus «derechos e intereses legítimos», el Tribunal Supremo como cumbre de la jurisdicción y el Tribunal Constitucional han aplicado sin vacilaciones la doctrina de los «derechos reaccionales» de origen alemán, esto es, cualquier incidencia en el ámbito vital de un sujeto, cualquier actuación por parte de la Administración que incida en el ámbito vital de un sujeto que no sea legal, habilita inmediatamente a ese sujeto con una acción impugnatoria para defender la integridad de su ámbito vital. Donde está el derecho subjetivo es en la acción reaccional, construcción ésta que viene a coincidir con los de la doctrina de los intereses legítimos.**
- E) La aplicación de la fuerza de la cosa juzgada; otra cuestión sumamente importante es la aplicación del concepto procesal elemental de cosa juzgada. La reducción de los fallos al contenido anulatorio, partiendo de la concepción del proceso como un proceso objetivo, sin partes, implicaba la posibilidad de que la Administración a quien se ha anulado un acto dictase a continuación un acto nuevo**

prácticamente idéntico, por de pronto con el mismo contenido, forzando a un segundo proceso si se pretendía la eliminación de éste.

La concepción del contencioso como un proceso de tutela de derechos lleva de suyo la aplicación de la fuerza de la cosa juzgada, y el primer efecto de la cosa juzgada es que un proceso decidido no se pueda reabrir.³³⁸

F) El problema de la ejecución de las Sentencias. Desde la Constitución española de 1978 la tutela contencioso-administrativa es una tutela judicial inequívoca. El Tribunal Constitucional ha dicho que en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva está el derecho a obtener la ejecución de los fallos, para el cumplimiento de lo mandado.

G) En España la jurisprudencia constitucional en relación con el artículo 24 ha arruinado definitivamente el viejo *privilegium fisci* de la inembargabilidad de los caudales públicos y de los bienes patrimoniales.

El proceso contencioso-administrativo versa sobre derechos –y hoy también sobre intereses legítimos, porque a ellos alcanza por igual la tutela judicial efectiva que el artículo 24 de la

³³⁸ El Tribunal Constitucional en una importante Sentencia de 26 de octubre de 1987 ha dicho que: la Administración queda afectada por el principio de efectividad de la tutela a no poder hacer «la reproducción total o parcial del acto anulado o a la emisión de otros actos de contenido incompatible», «sin obligar a los vencedores a asumir las cargas de nuevos procesos».

constitución garantiza—. Esos derechos e intereses legítimos son los que acotan su ámbito y los que, al propio tiempo, delimitan el campo de actuación del juez.³³⁹

El contencioso administrativo está incluido, de esto no hay duda –la jurisprudencia constitucional lo dice todos los días– en el artículo 24 CE. La justicia administrativa es una justicia de tutela de derechos e intereses tradicional del contencioso-administrativo. El modelo francés del *excés de pouvoir*, la idea de un proceso al acto, ha concluido en España. El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la administración, entre sí confrontados.³⁴⁰

En este marco, la administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados.

³³⁹ CHIOVENDA, Ensayos de Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 48.

³⁴⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Hacia una nueva justicia administrativa, 2.ª ed., Civitas, 1992, pág. 60 y sgtes.

3.13 - LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO QUE AFECTAN A LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. LA EFICACIA

Clásicamente, y como fue expuesto, la temática de las políticas públicas no era atrapada bajo la lente del Derecho Administrativo. La sociología y otras ciencias de la conducta, la ciencia política³⁴¹, la filosofía jurídica³⁴² y en especial las denominadas Ciencias de la Administración, procuraron ocuparse de ello. La “grilla conceptual” del Derecho Administrativo pareció despreocuparse de esta temática.

Sustancialmente, y en especial referencia al caso argentino, la porción del Derecho Administrativo que enfocó su atención a tales asuntos fue una rama denominada “Intervención Administrativa” (que diera lugar a una célebre obra del Profesor Juan Carlos Cassagne³⁴³) al hilo conductor de la triada “planificación”, “policía” y “fomento”.

En particular, la problemática del fomento fue vinculada de modo notable al desarrollo de las diversas políticas públicas. Tradicionalmente, las herramientas del fomento fueron

³⁴¹ Por ejemplo, hace más de dos décadas, Leonardo MORLINO estudiaba el concepto de “eficacia decisoria”.

³⁴² Robert ALEXY ha observado que hoy en día no sólo se requiere de justicia, sino también de eficacia.

³⁴³ CASSAGNE, Juan Carlos “La intervención administrativa”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

clasificadas en honoríficas, jurídicas y económicas, sin perjuicio de que se puede avanzar *“una comprensión más amplia de las técnicas del fomento, que incluiría aquellas herramientas de intervención económica no consistentes en la creación de servicios públicos, ni de carácter policial, pero que coadyuvan a impulsar la iniciativa privada”*.³⁴⁴

De modo adicional, nociones como la policía y la planificación coadyuvan al planteamiento de que las políticas públicas pueden y deben ser estudiadas desde la matriz del Derecho Administrativo, malgrado el hecho de no ser incluidas usualmente en su nomenclador.

En Argentina, y así lo comprueba la experiencia jurisprudencial, los acentos han sido colocados -como vimos- en los principios de legalidad y de razonabilidad, y de los correlativos contralores jurisdiccionales que traen aparejados los mismos. La legalidad debe compensarse con el privilegio de la autotutela declarativa y ejecutoria, para dar paso -como también fue dicho- a la razón de ser de esta rama del ordenamiento. Es, reiteramos, en el equilibrio de la potestad y de la garantía donde aparece con fuerza la singularidad del Derecho Administrativo.

Desde España, podemos aseverar que el principio de eficacia ha introducido interesantes matizaciones conceptuales. Al decir

³⁴⁴ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Derecho Administrativo Económico”, cit., p. 169.

de Ortega, “la actuación administrativa ha evolucionado abarcando nuevos sectores de actividad y nuevas formas de actuación que han provocado ulteriores puntos de evolución. El principal lo constituye, sin duda, el paso de la actividad de autoridad a la actividad de prestación e intermediación social. Decimos que es el principal, quizás destacando el gran giro que se produce en los principios jurídicos que lo rigen, que se puede equiparar a la evolución conceptual que media entre la formulación del Estado de Derecho y la del Estado Social. En la actividad de autoridad, donde debe presidir el Estado de Derecho, prima la garantía de una actuación administrativa conforme a Derecho. En la actividad de prestación, la administración no atenta con su actuación a los derechos individuales del ciudadano, sino que pretende implantar derechos colectivos en su beneficio. Incluso, como señala el Dr Martin Rebollo,” muchos derechos constitucionales precisan para su plenitud del concurso de la Administración. El giro aquí es doble: primero, la garantía individual se formula frente a la inactuación administrativa que pueda privar al ciudadano del servicio público y, segundo, no basta con resultado de garantía jurídica, sino que son fundamentales los resultados del servicio, porque es en la medición del resultado donde se puede concretar el contenido de derecho de prestación”.³⁴⁵

³⁴⁵ ORTEGA, Luis, “El reto dogmático del principio de eficacia”, en “Revista de

El título del referido ensayo resulta, por cierto, exacto y harto revelador. La eficacia tensiona de manera notable a la existente dogmática del Derecho Administrativo. Máxime, como acontece en el caso español, esa pauta es erigida en clave de principio consagrado en la norma normorum, concretamente, en el artículo 103.1 C. E. tantas veces citado.

De allí que el Derecho Administrativo, con basamento en la letra textual de la Constitución Española, protagonice lo que bien Ortega define como una “recuperación del derecho público” como “instrumento idóneo para la obtención de los resultados públicos”. El resultado de la política pública no es algo irrelevante ni inmaterial para el Derecho Administrativo, sino que se transforma -por imperio constitucional- en algo consustancial y existencial.

Ese recupero debe producirse según el mencionado autor por tres vertientes: *“De un lado, destacando las mayores cotas de garantías y derechos que el ciudadano obtiene a través de la norma pública, por ejemplo igualdad y responsabilidad objetiva. De otro, flexibilizando, en términos de personal y contratación, la actuación administrativa para obtener la de calidad y la rapidez que hoy demandan los ciudadanos a los servicios públicos. Finalmente, exigiendo el levantamiento del velo de las*

Administración Pública” 133, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Enero-abril de 1994, p.11. Énfasis no original.

personificaciones interpuestas para el control de los fines públicos que estuviesen en el inicio de la decisión pública de la creación de una sociedad privada y la aplicación de determinados principios de actuación, como la publicidad y la transparencia³⁴⁶.

La eficacia se relaciona con la buena gobernanza, temática de mucha difusión últimamente. Se ha afirmado que ***“la ‘buena gobernanza’ se basa en los principios de transparencia y responsabilidad, lealtad y equidad, eficacia y eficiencia, respeto al Estado de Derecho y al rigor moral de los comportamientos, todos ellos fundamentan la nueva Administración abierta, transparente, accesible y receptiva”***.³⁴⁷

También la eficacia se vincula estrechamente con las construcciones jurídicas de la posmodernidad, alzándose como un valor a propugnar dentro de esquemas de racionalidad.³⁴⁸

El ordenamiento jurídico adquiere de ese modo un sesgo instrumentalista social relevante e importante. No interesa ya sólo la coherencia interna de los razonamientos lógicos, sino que también va a intentar aprehenderse la eficacia de las acciones encaminadas (p.ej., políticas públicas), dentro de escenarios

³⁴⁶ ORTEGA, Luis, *Ibidem*, ps. 13/14.

³⁴⁷ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “La construcción...”, *ob.cit.*, p. 501.

³⁴⁸ En esta línea se inscriben los aportes de CHEVALLIER en Francia. Sobre éstos, véase ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “La construcción...”, *ob. cit.*, p. 511.

políticos y económicos de creciente complejidad. El desafío es encarar esas pautas de eficacia sin evadir los necesarios marcos constitucionales de actuar.

Por lo demás, el entrecruzamiento de los ámbitos públicos y privados, que conllevó el Estado de Bienestar ya consignado “ut supra”, implicó la aparición en escena de un numeroso arsenal de políticas públicas, y con ellas no sólo un control de legalidad o de juridicidad, que son los que recogen habitualmente las colecciones jurisprudenciales y doctrinales, sino también de orientación hacia la obtención de resultados y su medición, dependiendo, claro está, del entramado de circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Entra así en la preocupación de las políticas públicas y de la inserción de éstas en el Derecho Administrativo, la cuestión de la eficacia, erigida, como se dijo, en España, no a guisa de un simple indicativo moral o de consejos bien intencionados, sino de un *principio jurídico axial vinculante para todo el obrar administrativo, dentro de la matriz del Estado Social y Democrático de Derecho.*

Por supuesto, que corresponde evitar la *“relativa absolutización de los objetivos a alcanzar prescindiendo...de los procedimientos administrativos”*.³⁴⁹

En la doctrina española, no han faltado voces que han relativizado el valor jurídico de la eficacia como principio; empero, la manda del art.103.1 C.E es diáfana en tanto y en cuanto ordena que la Administración *“ha de actuar ‘de acuerdo’ con él”* (Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia del 2 de noviembre de 1989, fundamento jurídico tercero).

Considera el Dr. Luis Martín Rebollo que *“El derecho ha jugado a lo largo de la historia y juega en la actualidad diferentes funciones. Sirve para algo, para conseguir fines. Y es evidente, a mi juicio, que esos fines, si prescindimos de la irrealidad de las grandes palabras. La libertad es concreta. La justicia es concreta. El derecho, como conjunto de reglas y pautas, no procede del silencio del laboratorio, no procede inicialmente de la lógica. Se decanta en el fragor de la historia y de los intereses que subyacen en toda colectividad. Una vez que se formaliza y se plasma en textos aparece la hermenéutica, la interpretación que supone una*

³⁴⁹ RODRIGUEZ ARANA, Jaime, “La vuelta al Derecho Administrativo”, en RAP, núm. 57, año 2005, ps. 37-63.

respuesta técnica y lógica como respuesta racional a la luz de los principios, mejor de los valores constitucionales".³⁵⁰

Soporta el planteo de esta tesis lo expuesto por el citado autor, cuando sostiene ***“Los valores de la democracia y el Estado de Derecho se apoyan en dos postulados básicos: la defensa de los derechos fundamentales y el control de toda la actividad pública”***.

Parte de la actividad pública es diseñar e implementar políticas públicas para atender situaciones consideradas como problemáticas y coyunturales, estas políticas públicas requieren ser instrumentadas a través de normas jurídicas que reconozcan la realidad y la expresen en un ***“lenguaje claro”***, y vertebradas en procedimientos que permitan un control de legalidad concomitante, a través de los organismos de control y de garantía de la constitución, y jurisdiccional posterior, que garantice, dé seguridad y certeza al reconocimiento y ejercicio del derecho que ampara esa política pública.

La actuación administrativa además de ser legal, debe ser eficaz, no pudiendo desatenderse de los resultados. Esta nota de ***eficacia***, de trayectoria relativamente reciente, viene a baremar la legitimidad de la acción pública, sobre todo cuando ésta -tal

³⁵⁰ Luis Martín REBOLLO en ***“Los Principios Jurídicos del Derecho administrativo”***, dirigido por el Dr. Juan Alfonso Santamaria Pastor – La ley Grupo Wolters Kluwer –Madrid 2010 pág. 1518.

como se anticipó- cuenta con capacidad de autotutela. Se trata de un principio material de actuación que obliga a considerar a las pautas de organización como criterios instrumentales para la satisfacción de los intereses generales.

En análoga clave teórica, podría considerarse que el principio de eficacia se deriva del llamado “derecho fundamental a una buena administración”, siguiendo la línea de pensamiento de Beatriz Tomás Mallen.³⁵¹

Claro que estas referencias deben necesariamente matizarse con los datos normativos que resulten desarrollo legislativo del mandato del art. 103.1 C.E., dado que, tal como expresó el intérprete de la Constitución, *“el reconocimiento por el artículo 103 de la C.E. del principio de eficacia como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho significa una remisión al legislador ordinario respecto de aquellas normas en que se concrete la consagración de la eficacia”*.³⁵²

Pueden, en ese tren de pensamiento, colacionar como ejemplos en el ordenamiento jurídico español, al artículo 3.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; a los artículos 6.1 y 55 de la

³⁵¹ TOMAS MALLEEN, Beatriz, “El derecho fundamental a una buena administración”, INAP, Madrid, 2004.

³⁵² S.T.C. 22/1984, Fundamento Jurídico Cuarto.

Ley de Bases del Régimen Local y al párrafo primero de la Ley del Proceso Autonómico, entre otras.

Si, incluso, se hace un rastreo histórico, hallamos que en la evolución normativa legal previa a la adopción de la Constitución de 1978, en la Exposición de Motivos de la LPA de 1958, se consignaba que: “*Por lo demás, las aludidas directrices no se conciben como simples enunciados programáticos, sino como verdaderas normas jurídicas, al habilitar a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios*” (El subrayado me pertenece).

Bajo una perspectiva más práctica, empero, correspondería tematizar la diferenciación del referido principio de eficacia, con la declamada “eficiencia en los servicios públicos” que, como ya se dijo, goza de jerarquía constitucional en Argentina merced al nuevo artículo 42, agregado en el año 1994.

Bien se han deslindado las aguas: “*La eficacia en cuanto capacidad de producción de un efecto deseado, no es por cierto exactamente sinónimo de eficiencia, en cuanto que ésta remite a un juicio sobre la optimización de los medios empleados*”.³⁵³

³⁵³ MARTIN MATEO, Ramón, “La Administración Pública. La función pública del s.XXI”, en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y Clavero Arévalo, Manuel (Directores), “El Derecho Público de finales de siglo (Una perspectiva iberoamericana)”, Civitas, Madrid, 1997, p. 282.

En el caso argentino, la directriz del artículo 42 es un hito significativo en relación a la calidad y eficiencia de los servicios públicos. Se ha dicho sobre el punto: “*Tanto como la ley de Defensa del Consumidor, el art. 42 de la Constitución Nacional, se refieren a una de las cuestiones que más afectan a los usuarios: la prestación de los servicios públicos. El texto constitucional manda a las autoridades -y por lo tanto al Congreso, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial- proveer a la calidad y a la eficiencia de los servicios públicos nacionales. En especial, dispone que la ley debe establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional previendo la participación, en los organismos de control, de las asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias interesadas. La norma constitucional empleó la frase servicios públicos -aunque, y quizás con buen criterio-, sin definir su alcance y contenido. Desestimó así, en beneficio de la tradición administrativista, otras expresiones más modernas tales como servicio económico de interés general y estableció algunos principios expresos e implícitos referidos a aquellos que perfilaron, a la vez que sus peculiaridades, el papel del Estado en la regulación y controles sobre los servicios públicos”.*³⁵⁴

³⁵⁴ GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”, Tercera Edición, La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 474/475. Énfasis original.

Incipientemente, observamos en el texto argentino algunas coloraciones diferenciales entre eficiencia y eficacia, aunque no con la claridad conceptual que sería menester. Ello, sin perjuicio de destacar, que *“El problema de la eficacia estatal no es nuevo en la ciencia jurídica, pero actualmente se plantea en términos novedosos, no tradicionales. La exigencia de la consecución de efectos, resultados tangibles y reales, ocupa un primer plano por la prevalencia de lo que se denomina eficacia, efectividad o productividad”*.³⁵⁵

La normativa latinoamericana está llena de indicaciones en punto a la eficiencia de los servicios públicos. Deviene de interés, además del aludido artículo 42 de la Constitución de la Nación argentina, el artículo 365 de la Constitución colombiana de 1991, que señala *“que el Estado tiene el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los colombianos”*. Allí también *“esto no hace otra cosa que confirmarnos una vez más que estamos ante una obligación que emana directamente de la norma de normas, frente a la cual el sector público no se puede sustraer. Dentro de la misma disposición se da la posibilidad al legislador de definir el régimen jurídico, y se dice que pueden ser*

³⁵⁵ IVANEGA, Miriam Mabel, “Principios de Administración Pública”, Ábaco, Buenos Aires, 2005, p. 87. La autora previene en el prólogo de esa obra que “eficacia, eficiencia y calidad no pueden predicarse sino dentro del ordenamiento jurídico y en el marco de las características sociales, económicas y políticas del país”.

prestados de forma directa por la administración o indirectamente por los particulares”.³⁵⁶

Pero también ha habido interesantes emanaciones del principio de eficacia. Destacamos en este terreno la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el caso “La Oroya”, pronunciamiento fechado el 12 de mayo de 2006. En una contienda relativa a políticas públicas en materia de salud, área especialmente sensible en atención a los valores que están comprometidos, el máximo intérprete de la Constitución de Perú entendió que si bien el Ministerio de Salud de aquél país había adoptado determinadas medidas, su cumplimiento *“no ha sido eficaz, sino más bien parcial e incompleto”*³⁵⁷. La sentencia, asimismo, tematiza el cumplimiento eficaz del acto con la responsabilidad de los agentes públicos, terreno de fértil utilidad para el Derecho Administrativo iberoamericano.

Las cuestiones del derecho a la salud y de la protección medio-ambiental, entre otras áreas significativas, presentan desafíos trascendentes para el principio de eficacia en relación a la actividad de nuestras Administraciones Públicas.

³⁵⁶ RINCON CORDOBA, Jorge Iván, “Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la Administración Pública”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 181.

³⁵⁷ Un completo análisis de este fallo puede verse en LORENZETTI, Ricardo Luis, “Teoría del Derecho Ambiental”, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 118 y ss.

Un adecuado deslinde, en fin, de la idea de eficacia y de la eficiencia parecería pasar por la circunstancia de que, tal como se viene exponiendo, la primera evoca una directriz de naturaleza netamente organizativa o administrativa, al decir de Parejo Alonso, mientras que la segunda se movería en el campo estrictamente económico.

En este orden de nociones, no necesariamente van a coincidir ambos conceptos, puesto que la eficiencia evoca la maximización de los recursos disponibles, o una minimización de los costes, mientras que la eficacia se orienta hacia el hecho de haber obtenido o conseguido los resultados propuestos.

Así, la eficacia retoma el carácter vicarial o de servicio de la Administración en relación al administrado³⁵⁸.

Es que puede hablarse de *“control de resultados (eficacia) o de control de costos (eficiencia). Este control tiene un aparente perfil economicista, sin embargo, es propio sostener que en todos los ámbitos, incluso en el ético, no se puede prescindir del análisis de resultados”*³⁵⁹.

³⁵⁸ Ya propiciada por BIDART CAMPOS en Argentina en su libro “El poder”, cit.

³⁵⁹ QUIROGA LAVIE, Humberto, “La teoría de la organización al servicio de la teoría constitucional”, en AA.VV., “Constitución y Constitucionalismo hoy”, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2000, p. 801.

Para el Estado, el derecho a la justicia es una variante de su función soberana, ya que así como tiene derecho de exigir el sometimiento a su jurisdicción, tiene el deber de cumplir el servicio público jurisdiccional a toda persona que lo necesite. No es suficiente con declamar que uno puede hacer valer sus derechos en la justicia o ante los tribunales, sino que es el Estado, en un Estado social y democrático de derecho quien debe responsabilizarse por procurar que se imparta una justicia accesible y efectiva, mediante políticas públicas y técnicas y herramientas eficaces que superen las barreras socioeconómicas y culturales.

Se ha dicho al respecto³⁶⁰ *“.....en el Estado Social de Derecho, las garantías constitucionales consagradas son derechos plenos y operativos, su violación o su falta de virtualidad imponen directamente al estado un deber de aseguramiento positivo, una acción encaminada a vencer los obstáculos del camino hacia su concreción”*.

³⁶⁰ HERNANDEZ MARTINEZ, Maria del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*. México, UNAM, 1997 p 20.

CAPITULO CUARTO: EL PRINCIPIO DE EFICACIA.

4.1 - LAS DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE EFICACIA.

Cabe destacar que la pauta directriz contenida en el artículo 103.1 C.E., en punto al principio de eficacia, no está exenta de riqueza temática, ni de profundas implicaciones para la ciencia del Derecho Administrativo contemporánea.

Para toda norma jurídica, una cosa es su manifestación, declaración y exteriorización conforme los procedimientos pautados, lo que latamente podría llegar a denominarse “validez”, y otra muy distinta, es su efectivo andamio práctico. Ya PAREJO ALFONSO prevenía, en su momento, sobre el carácter genérico -y poco concreto- del principio de legalidad, otrora pauta axial del naciente Derecho Administrativo del S.XIX, y de los problemas que ello conllevaba.

La consagración constitucional de la eficacia en España nos coloca, ciertamente y con claridad, ante esa disyuntiva, de modo frontal y visceral. En efecto, las normas que rigen la organización y la actividad administrativa ya no sólo tendrán vocación de regir situaciones futuras; deberán hacerlo de modo concreto y puntual. Bien se ha prevenido que *“el discurso metodológico acerca del*

comportamiento de la Administración pública se dirige a cuestionar si ésta cumple efectivamente con las leyes y con la voluntad de las normas y cómo administra la Administración el gasto y los fondos públicos; si la Administración cumple con una función añadida desde la Constitución que es la de proponer la racionalización en la creación del Derecho".³⁶¹

Plantearse una "Administración Pública eficaz" pues no es menuda tarea, ya que implica la efectiva realización del paradigma de los derechos fundamentales de los sujetos administrados, en el contexto actual del Estado Social y Democrático de Derecho que rige en España desde la Constitución de 1978 en adelante.

El artículo 103 constitucional, como fue dicho, contiene una serie de lineamientos o de principios a los que debe sujetarse la actividad administrativa. Sin embargo, pocos presentan desafíos o retos conceptuales tan considerables como el principio de eficacia.

Es que el riesgo es su eventual falta de concreción. Se ha dicho, por ejemplo, que ***"refleja una aspiración del constituyente: que la Administración Pública sea eficaz en su actuación. En todo caso, de ello no se desprende ninguna consecuencia práctica, y no es preciso advertir acerca de las dificultades que entraña la concreción jurídica de este criterio que, en último término,***

³⁶¹ V. MONTORO CHINER, María Jesús, "La evaluación de las normas. Racionalidad y eficacia", Barcelona, Atelier, 2001, p. 80.

depende de las actuaciones concretas que se produzcan y de los medios con que cuenta la Administración para el cumplimiento de sus fines”.³⁶²

Y allí es donde se concatena el Derecho Administrativo, como ***derecho constitucional concretizado*** (ver “*supra*”), con la política pública, como motor del sistema. Todo acto administrativo encapsula y porta una o más políticas públicas. Ahí se vislumbra la ligazón entre el mundo jurídico y el mundo político; como el Derecho, en especial el Derecho Público y más concretamente el Derecho Administrativo, canaliza el obrar de la Administración y de los administrados.

En un trabajo señero ajustadamente intitulado “*El reto dogmático del principio de eficacia*”³⁶³, ORTEGA plantea con meridiana nitidez que el apuntado principio implica traer a la mesa el espinoso asunto de los *resultados*. Y en ese plano cabe preguntarse, sigue diciendo el referido autor, *acerca de la imputación de responsabilidad* que le cabe a tal o cual funcionario frente a un obrar ineficaz, a una actuación que no se encamine hacia la consecución de esos resultados.

³⁶² V. FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “El sistema constitucional español”, Madrid, 1992, Dykinson, p. 703.

³⁶³ V. ORTEGA, Luis, “El reto dogmático del principio de eficacia”, en “Revista de Administración Pública”, Madrid, núm.133, Enero-Abril de 1994, p.11.

FERNÁNDEZ FARRERES, expresa que la nueva realidad económica y social, compleja y cambiante, impone la adecuación de las tareas administrativas a un nuevo escenario y *“la necesidad de disponer de Administraciones especializadas, única forma de poder intervenir con efectividad en ámbitos en los que la técnica ocupa un lugar central, es una razón añadida que apoya la conveniencia de dar entrada a este nuevo tipo de entidades instrumentales”*.³⁶⁴

Desde ya, la cuestión de los resultados abre un amplio espectro temático. No sólo se ve involucrada la responsabilidad de los agentes públicos, como examinaré “infra”, sino también los parámetros de medición que se utilizan, la fijación de metas y su control, todas cuestiones que como ya vimos hacen a la política pública. Es que *“en la posmodernidad, lo eficaz y eficiente es aquello que además de ser realizable, ha alcanzado todas las metas necesarias para desplegar la mejor decisión de acuerdo con los programas de financiación y periodicidad presupuestaria del Estado”*.³⁶⁵

³⁶⁴ Germán FERNÁNDEZ FARRERES en Estudios para la Reforma de la Administración Pública -Instituto Nacional de Administración Pública- Madrid- 2004 -ADMINISTRACIONES INSTRUMENTALES pág. 348.

³⁶⁵ V. MONTORO CHINER, ob.cit., p. 81.

Otro de los desafíos que el principio de eficacia plantea es su articulación en Estados complejos, sea estructuras autonómicas, regionales o directamente federales.³⁶⁶

Respecto del estado autonómico configurado por el Título VIII constitucional, se ha aseverado que *“en el caso español, el estado unitario políticamente descentralizado aparece compuesto por organizaciones territoriales autónomas. Nos encontramos de esta forma ante el ‘Estado autonómico’, que cobra su nombre del principio general organizativo de la autonomía en que se asienta. Este Estado autonómico se nos presenta como un Estado complejo integrado por unidades políticamente descentralizadas, o lo que es igual, dotadas de una verdadera autonomía política, esto es, por las Comunidades Autónomas”*.³⁶⁷

Hay veces que las normas autonómicas, en el ámbito de su competencia, van delimitando el marco de las políticas públicas a

³⁶⁶ FERNÁNDEZ FARRERES en Estudios ob cit pág. 357 propone que *“Las fundaciones públicas y las fundaciones privadas de iniciativa pública o en mano pública son otro tipo de entidades de las que vienen haciendo creciente uso las distintas Administraciones Públicas territoriales. Y como expresa la Dra. Susy Bello Knoll en su Trabajo de Grado en la Universidad de Salamanca – año 2009 - “FUNDACIÓN PÚBLICA” -donde también las reconoce como una entidad instrumental -, tienen mucho que ver con el modelo económico y con la generación de riqueza ya que “Los niveles de desarrollo económico y la densidad demográfica, la historia, las tradiciones locales y la influencia religiosa en determinados ámbitos socio-culturales, son todos factores a tener en cuenta para medir el impacto de las fundaciones en el contexto social.”*

³⁶⁷ V. FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “El sistema...”, p. 867.

adoptar, en el contexto del Derecho Administrativo aplicable. Así, el artículo 71 del “Estatut d’autonomia de Catalunya”, inciso 3, establece que: *“La Administración de la Generalitat actúa de acuerdo con los principios de coordinación y transversalidad, con la finalidad de garantizar la integración de las políticas públicas”*³⁶⁸. Por su lado, la ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en su artículo 3, expresa que: *“La Administración de la Junta de Andalucía sirve con objetividad al interés general a través de sus órganos y entidades instrumentales, con sujeción a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del ordenamiento jurídico. Se organiza y actúa de acuerdo con los principios: a) de eficacia; b) jerarquía; c) descentralización funcional; d) descentralización funcional y territorial; e) Coordinación; f) Lealtad institucional; g) Buena fe; h) Confianza legítima; i) Transparencia; j) Colaboración y cooperación en su relación con otras Administraciones Públicas; k) Eficiencia en su actuación y control en los resultados; l) Programación de sus objetivos; m) Coordinación y planificación de la actividad; n) Racionalidad organizativa mediante simplificación y racionalización de su estructura administrativa; ñ) Racionalización, simplificación y agilidad de los procedimientos; o) Imparcialidad; p) Igualdad de oportunidades y de trato de hombres y mujeres; q) No discriminación; r) Proximidad a la*

³⁶⁸ Para el marco competencial de los Estatutos autonómicos, corresponde remitirse al art. 147 C.E.

ciudadanía; s) Responsabilidad por la gestión pública; t) Buena administración y calidad de los servicios”.

La canasta de principios y valores que contienen éstas y otras normas autonómicas es significativa. Baste señalar, en el caso del Estatuto catalán, la noción de que las políticas públicas deben estar “integradas”, mientras que la norma andaluza pormenoriza y detalla los diversos requerimientos a los que debe sujetarse la actividad administrativa de la Junta. Se destaca, en primer lugar, al principio de eficacia, para hacer un amplio listado de otras pautas conexas, como los distintos tipos de descentralización, buena fe, confianza legítima, eficiencia y racionalidad, para concluir en la necesidad de una “buena Administración” como concepto globalizador.

En el caso del Estatuto catalán, la directriz de la “buena administración” es considerada un derecho subjetivo (ver, así, artículo 30, que se intitula “*derecho de acceso a los servicios públicos y a una buena administración*”). En definitiva, las facultades mentadas por la norma autonómica catalana “*conectan con principios de funcionamiento de las administraciones públicas (art.103 CE) y con los derechos de buena administración de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*”.³⁶⁹

³⁶⁹ V. EXPÓSITO, Enriqueta, y CASTELLA ANDREU, Josep Ma., “Los derechos políticos y ante la Administración en el Estatuto de Autonomía de Cataluña”, en

Así como observamos que los diversos Estatutos autonómicos españoles contienen pautas para la organización administrativa, y en algunos casos incluso incorporan al principio de eficacia como eco del artículo 103.1 de la Constitución española, varias provincias argentinas -en el marco de un Estado federal (conf. art.1 y concordantes, CA)- también contienen principios rectores en la materia, que ayudarán a la hora de enmarcar a las políticas públicas.

Consideremos liminarmente que *“lo que distingue la Constitución federal de la Constitución del Estado unitario es en la respuesta que da a la separación de poderes. Mientras que las Constituciones unitarias únicamente prevén una separación horizontal de poderes, la Constitución federal tiene que prever una separación horizontal en el ámbito de la Federación y otra vertical para las relaciones entre la Federación y los Estados miembros. En este doble sistema de separación de poderes y de conexión entre ambos es donde reside la especificidad de la Constitución federal”*.³⁷⁰

Cabe consignar que *“en general las Constituciones provinciales han guardado silencio respecto a la regulación integral de la Administración Pública, con las excepciones de rigor*

APARICIO, Miguel A. (Editor), “Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía”, Barcelona, 2008, Atelier, p. 64.

³⁷⁰ V. PEREZ ROYO, Javier, “Curso de Derecho Constitucional”, ob.cit., p. 969.

referidas a empleo público, actividad administrativa del Poder Ejecutivo y órganos de control de la Administración”.³⁷¹

Aclaremos que, en el contexto argentino, se trata de “Constituciones” en función del poder constituyente que se les reconoce a éstas, en cuanto cada unidad federativa ***“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”*** (artículo 5, CA).

Dos textos sobresalen en el análisis de las veinticuatro normas fundamentales (“Constituciones”) del derecho provincial argentino. La Constitución de la Provincia de Salta del año 1986 estipula -bajo el epígrafe ***“Principios generales”***- que: ***“La Administración Pública, sus funcionarios y agentes sirven exclusivamente a los intereses del pueblo. Actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, desconcentración, coordinación, imparcialidad, sujeción al orden jurídico y publicidad de normas y actos. La descentralización administrativa es dispuesta siempre por ley, atendiendo a los intereses y necesidades de las diferentes regiones de la Provincia. La Administración Pública se ajusta al principio de centralización normativa y desconcentración***

³⁷¹ V. MARTINEZ, Patricia Raquel, “Administración Pública Provincial y Constituciones Provinciales”, en PEREZ GHILLOU, Dardo (Director), “Derecho Público Provincial y Municipal”, vol.II, Buenos Aires, 2007, Editorial La Ley, p. 317.

operativa. Los funcionarios públicos, para ocupar sus cargos, juran fidelidad a la Patria y lealtad a la Constitución Nacional y a la presente”.

A su vez, la Constitución de la Provincia de Córdoba del año 1987 dispone en el art.174 que “La Administración Pública debe estar dirigida a satisfacer las necesidades de la comunidad con eficacia, eficiencia, economicidad y oportunidad, para lo cual busca armonizar los principios de centralización normativa, descentralización territorial desconcentración operativa, jerarquía, coordinación, imparcialidad, sujeción al orden público y publicidad de normas y actos. El ingreso a la Administración Pública se hace por idoneidad, con criterio objetivo en base a concurso público de los aspirantes, que asegure la igualdad de oportunidades. La ley establece las condiciones de dicho concurso, y los cargos en los que por la naturaleza de las funciones, deba prescindirse de aquél”.

Respecto de esta última, se ha dicho que “los artículos 174 y 176 no formulan un desarrollo pormenorizado de la gestión administrativa, sino que establecen los objetivos que procura la administración y los principios que deben resguardarse en el procedimiento empleado para tales fines. En efecto dichas normas indican que la administración está orientada a satisfacer las necesidades de la comunidad. Para lograr dichos cometidos se debe tener en cuenta la eficacia, eficiencia, economicidad y

*oportunidad, para lo cual, seguidamente, se señalan distintos medios instrumentales que deben armonizarse”.*³⁷²

4.1.1. SU FUNCIONAMIENTO EN RELACIÓN CON LOS DIVERSOS DERECHOS.

Queda claro que los derechos humanos, genéricamente considerados, son susceptibles de un análisis histórico, en función de su evolución, de cómo fueron apareciendo y gestándose, tanto en la doctrina, como en diversos documentos que los fueron acogiendo de modo expreso.

Una metodología o abordaje posible es atribuida a KAREL VASAK, para quien los derechos se catalogan de modo diacrónico, de acuerdo a su irrupción en el devenir histórico. Los derechos de primera generación que, como su nombre sugiere, son los que aparecen primero en la evolución jurídica, datan de fines del S. XVIII, están asociados al constitucionalismo clásico y a las primeras declaraciones de Derechos, tal como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Allí sobresalen los derechos civiles (libertad, igualdad, propiedad, seguridad, etc.) y políticos clásicos. Algunas cláusulas de la Declaración Francesa son harto elocuentes, en cuanto

³⁷² V. CORDEIRO PINTO, Luis, “Poder Ejecutivo”, en FRIAS, Pedro José (Coordinador), “La Constitución de Córdoba Comentada”, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 123.

captan adecuadamente el llamado “espíritu del siglo”, que no era otro que el de la Ilustración.

El artículo 1 de la Declaración prescribe que: *“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”*, mientras que el tramo final de su artículo 2 señala con más precisión: *“Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”*.

Como fuese, estos derechos -pocos en número, si se quiere- sólo podían ser limitados por ley, como expresamente se encarga de reafirmar el artículo 4, parte final. Es que *“la ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene”* (artículo 5), en la medida en que, como consigna el artículo 6, “in limine”, *“la ley es la expresión de la voluntad general”*.

Estas directivas tuvieron profundas consecuencias para el naciente Derecho Administrativo. De un lado, quedaba en claro que estábamos en presencia de derechos que irrogaban al poder público más que deberes de actuación, deberes de “abstención” u

“obligaciones de no hacer”³⁷³, en línea con el marco referencial del liberalismo político y económico.

La aparición del llamado “constitucionalismo social”, con sus derechos-prestaciones, es decir, con deberes positivos y concretos a cargo del Estado, va a cambiar drásticamente este panorama en todos los ordenamientos jurídicos.

El hecho de tener que gestionar “prestaciones” (salariales, de la Seguridad Social, asistenciales, sanitarias, educativas) que va ir en línea con el Estado Social, va a traer aparejado como lógica consecuencia un nuevo rol para el Derecho Administrativo, que tendrá que ingeniárselas para determinar cómo hace que esas prestaciones lleguen efectivamente a sus destinatarios, a través de una afinada “Administración Prestacional”.

Muchas veces esas prestaciones no llegaron, lo que hizo que el constitucionalismo social de las primeras décadas del siglo XX, aquel contenido en las “constituciones de los profesores” (como la de Weimar de 1919, o la española de 1931) fuese apostrofado de teorizante, idealista o utópico.

³⁷³ V. CARNOTA, Walter F., “Instituciones de Derecho Público”. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, justamente se quiso evitar que de nuevo se ocasionaran fracasos en el terreno de los derechos sociales y de las políticas públicas que los vertebran.

El acento en el “valor normativo de la Constitución” que nace en Bonn en 1949 y que tiene punto culmine en la Constitución Española de 1978 apunta precisamente en esa dirección.

Fruto de la creciente cooperación internacional como consecuencia de la acción de Naciones Unidas y de otros organismos, fueron surgiendo otros derechos más nuevos, como el correspondiente a la paz, al desarrollo (que ahora deberá ser “sostenido” o “sustentable”), a la protección medio-ambiental, etc. Aquí la prestación no va a estar tan claramente definida y pre-configurada como en los supuestos del típico Estado de Bienestar, cuya vertebración jurídica como ya vimos va a estar dada por la corriente del constitucionalismo social.

Dentro de este nuevo escenario, las Administraciones Públicas van a tener que velar porque estos nuevos derechos logren concreción, ya sea por actuación directa del Estado, o por estrecha supervisión de la actividad de la sociedad.

En este sentido, se parte de la premisa básica del constitucionalismo social, en cuanto evitaba la disociación entre la sociedad y el Estado. Pero le da un nuevo contenido, irrogando

en cabeza de los obligados de estos derechos un nuevo débito: la obligación de “hacer”, es decir, de desplegar un conjunto de políticas públicas coherentes y coordinadas para la obtención del goce y disfrute del derecho que se trate.

En ese marco surge la necesidad de profundizar el análisis de la participación ciudadana como forma de fortalecer la relación estado- sociedad civil para el desarrollo local y del fenómeno participativo en la esfera local, es decir en el ámbito territorial más cercano al ciudadano.³⁷⁴

Partiendo de la premisa de la participación ciudadana ,como un proceso mediante el cual se integra al ciudadano en forma individual o colectiva, en la toma de decisiones, la fiscalización, control y ejecución de las acciones que afectan algún ámbito de la esfera pública, sea en lo político, económico, social o ambiental.

Ello pretende un ejercicio del poder más justo y equitativo y un mayor compromiso de todos los actores en el quehacer de lo público. En este sentido, son los individuos interesados quienes a menudo mejor conocen la problemática que los afecta y, por ende, se encuentran en posibilidades concretas de acercar propuestas

³⁷⁴ Esta temática, fue base de un trabajo práctico desarrollado bajo la coordinación de la Dra. Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ y a partir de la obra de su autoría “*Estudio Práctico de la Asociaciones: Democracia Directa y otras formas de participación ciudadana*”. Editorial Lex Nova – 2004.

de tratamiento para una gestión eficiente y sustentable, sea que se vincule a la temática social, prestacional o ambiental³⁷⁵ .

La tensión entre participación y representación política estuvo presente desde los orígenes mismos de la idea de Democracia.

Para el Derecho Administrativo Español, que ha asistido a cambios en la regulación administrativa local, es en este sentido una guía a observar desde otras partes del mundo, en especial América Latina y en particular la Argentina, donde es tan necesario lograr el compromiso cívico a través de la participación.³⁷⁶

³⁷⁵ La Ley Argentina General de Ambiente (LGA) N° 25.675, sancionada en noviembre de 2002, incorpora un acápite especialmente dedicado a la “Participación Pública”. En efecto, siguiendo los postulados establecidos por el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro, en su artículo 19 se establece “..... el derecho de toda persona a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general”. establece además que la política ambiental nacional deberá cumplir con el objetivo de “fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión”.

³⁷⁶ La Constitución Argentina reformada en 1994 y de decenas de constituciones provinciales que suman en su articulado múltiples referencias a la participación ciudadana. *Artículo 39ª.- Los ciudadanos tiene el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del 3% del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal y Artículo 40ª.- El Congreso a iniciativa de la Cámara*

Se trata pues de indagar sobre el sistema representativo y de buscar formas de participación *que suponen un acceso igualitario de los ciudadanos al ámbito discursivo de la deliberación sobre los asuntos públicos*³⁷⁷, lo que implica no sólo un claro mecanismo de control social sobre los asuntos públicos sino un medio de legitimación de las decisiones. Una forma de recuperar la confianza ciudadana y de estrechar los lazos con sus representados.³⁷⁸

4.2. EFICACIA Y CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Las primeras preocupaciones acerca de la eficacia del Estado y su encuadre jurídico pueden remontarse a la tematización que, primero en Alemania y luego en España, se tradujo en el concepto de “constitución económica”, al que se le podría trocar por el de “constitución económica y social”.

de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

³⁷⁷ Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ... *Estudio Práctico*, ob cit pág. 27.-

³⁷⁸ Zulima SÁNCHEZ SÁNCHEZ.... *Estudio Práctico* ob cit pág. 408.-

Tradicionalmente, el derecho público no se adentraba en la noción de eficacia, ya que las constituciones tenían un marcado sesgo político y retórico. Por lo demás, como se vio, los derechos declamados por el constitucionalismo clásico eran pocos en número, e involucraban generalmente por parte del poder público, un “no hacer”.

Resulta sumamente complejo determinar la eficacia de conductas negativas o por omisión. Es en verdad en el siglo pasado cuando irrumpe con fuerza la problemática del silencio omisivo, en el Derecho Administrativo, o de la inconstitucionalidad por omisión, en el Derecho Constitucional.

La irrupción del constitucionalismo social, con sus mandatos positivos a cargo del Estado, con una Administración en condiciones de tener que “dar” prestaciones, fue terreno mucho más fértil para la medición de su eficacia o ineficacia. Claro que la adopción de políticas públicas activas dependía de la adopción de un modelo de Estado y de constitución muy distinto al liberal decimonónico.

El constituyente de la *Bonner Grundgesetz* de 1949 prefirió eludir ciertos debates de Weimar y mantenerse en una supuesta neutralidad del modelo socio-económico. Sin embargo, ciertas indicaciones tanto en la Ley Fundamental germana como en la Constitución española de 1978, permiten inducir la existencia de una “constitución económica y social” que implique, sin

adscripciones específicas, adherir a mínimos conceptuales como ser la libertad de mercado pero con reequilibrios regulatorios.

Es allí donde aparece la noción de eficacia, que debe ser tanto para la actividad privada generadora de riqueza cuanto para la supervisión y regulación estatal que la encuadra y ordena. Ambas deben ser “eficaces”, para evitar la lisa y llana descompensación del sistema.

4.3. EFICACIA Y POLÍTICA SOCIAL.

Es en el ámbito de la denominada “Administración Prestacional”, articuladora de las políticas sociales, donde cabe también poner el acento sobre el principio de eficacia. En efecto, RODRIGUEZ DE SANTIAGO indica que *“en la cláusula del Estado social del art.1.1 C.E. ha de situarse, también, por eso, una vertiente institucional cuyo contenido se puede explicar como un ‘principio fundamental’ del Estado social. En concreto, si el fin social estatal de que se trate constituye el objeto de una competencia administrativa, la creación del marco organizativo y procedimental que haga posible el cumplimiento eficaz de esas tareas constituye un mandato que impone al legislador y (en el marco de la regulación legal) a los órganos ejecutivos de dirección política también el art. 103.1 C.E., al regular los*

principios funcionales de la actuación administrativa –entre ellos, fundamentalmente, el principio de eficacia”³⁷⁹.

Es que, explica el mismo autor, “los derechos fundamentales ya no se realizarían sobre todo frente al Estado interventor, sino que se desarrollan, en buena parte, en el Estado prestador, que debe encauzar su actividad a través de - y poner a disposición del ciudadano- formas de organización y procedimiento adecuadas para hacer valer esos derechos -ex ante- en la propia conformación de la prestación”³⁸⁰.

Clásicamente, en materia de políticas sociales, se ha achacado al Estado una suerte de gigantismo burocrático. Explica ARROYO que “otro de los principales cuestionamientos al Estado es el exceso de burocracia, la presencia de múltiples oficinas que se encargan de temas similares sin vinculación entre sí. Las críticas hacia el Estado se concentran en la falta de planificación, dispersión de esfuerzos y falta de transparencia en sus acciones”³⁸¹.

Así, y a fin de evitar tales impugnaciones, la eficacia asume en el contexto de la Administración prestacional un papel

³⁷⁹ V. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, “La Administración del Estado social”, Madrid, 2007, Marcial Pons, p. 129, resaltado original.

³⁸⁰ V. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, ob. cit., p. 130, resaltado original.

³⁸¹ V. ARROYO, Daniel, “Políticas Sociales (Ideas para un debate necesario)”, Buenos Aires, 2009, La Crujía, p. 39.

significativo. Para ello, debe encararse la planificación, entendiendo por tal al *“procedimiento creativo mediante el cual se seleccionan, ordenan y diseñan acciones que deben realizarse para el logro de determinados propósitos procurando una utilización racional de los recursos disponibles”*.³⁸²

4.3.1. EFICACIA Y SOLIDARIDAD

En la realización de sus cometidos esenciales, la Administración Prestacional es portadora no solamente de normas jurídicas que regulan, como ya fue expresado, la debida organización y procedimiento, sino que también trasluce valores y principios, es decir, por normas –como ya se vio- dotadas de un rango mayor de generalidad.

Los valores a los que aspira la Administración Prestacional no pueden ser otros que los que consagra el Estado Social y democrático de Derecho, de ahí la íntima conexión existente entre esta forma política y su vertiente administradora a través de la canasta de valores.

Centralmente, esos valores son los del art.1 C.E. (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), más allá que *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el*

³⁸² V. CORDOBA, Anabella Ester, “La planificación de las intervenciones públicas”, Buenos Aires, 2010, Lumen, p. 21.

libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (art.10, CE, primer párrafo).

La precedente enumeración no es negatoria de la realización de otros valores que son inherentes a la Administración Prestacional, como puede ser la solidaridad. Bien se ha afirmado, al compulsar las normas del ordenamiento infraconstitucional y criterios jurisprudenciales y doctrinarios, que ***“la solidaridad debe insertarse en el conjunto de valores fundamentales de la sociedad”***.³⁸³

Sin duda, hay también una solidaridad “prestacional”, definida como aquella que ***“se manifiesta mediante los servicios públicos”***.³⁸⁴ Para la consecución de tal grado e índole de solidaridad, sin lugar a dudas se requiere de una Administración que sea eficaz a la hora de tener que brindar sus prestaciones.

Bajo la perspectiva constitucional española, la solidaridad está especialmente mandada en el artículo 45 al tratarse del cuidado y conservación al medio ambiente. En el caso argentino, y en la misma materia, esa solidaridad está ordenada como principio en el art. 4 de la ley 25.675 General del Ambiente.

³⁸³ REAL FERRER, Gabriel, “La solidaridad en el Derecho Administrativo”, en “Revista de Administración Pública” núm. 161, Madrid, Mayo/Agosto de 2003, p. 155.

³⁸⁴ REAL FERRER, Gabriel, art. cit., p. 163.

Dentro de todo este vasto orden de ideas, lejos de ser antitéticas, solidaridad y eficacia se retroalimentan en el contexto de la Administración Prestacional. Así como no se concibe al Estado sin Administración, tampoco se puede pensar a la Administración Prestacional sin coordenadas basales como la solidaridad y la eficacia, precisamente, en el otorgamiento de sus beneficios.

4.3.2 - EL ARTÍCULO 39 Y SS. DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

Dentro del esquema organizativo que ofrece la Constitución española, se observa que el Capítulo III del Título I nos habla “*De los principios rectores de la política social y económica*”. Contrasta así esa nomenclatura con la utilizada por el Capítulo II del mismo Título, que trata derechamente “*De los derechos y libertades*”, en donde puede afirmarse que se nuclean los derechos fundamentales clásicos (civiles y políticos).

Ahora bien, a partir del artículo 39, que es donde comienzan los principios rectores, se enuncian una serie de directrices, en materia de: política familiar (art.39), política económica (art.40), política laboral (íd.), política cultural y científica (art.44), régimen de Seguridad Social (art. 41), política sanitaria, deportiva y de recursos naturales (arts. 43.2 y 45.2), y las políticas que atienden a diversos colectivos (arts. 48 a 51).

Ha señalado PEREZ ROYO que *“tales principios necesitan para ser reales y efectivos el desarrollo legislativo y podrán ser alegados ante los Tribunales de Justicia de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Los derechos que deriven del reconocimiento de estos principios serán, pues, siempre derechos de configuración legal”*.³⁸⁵

El mismo autor había aclarado esta proposición: *“Son no derechos fundamentales. Esto es lo que caracteriza a los ‘principios rectores’ de acuerdo con el art. 53.3 CE: el hecho de no ser derechos fundamentales. No vinculan, sino que orientan la acción de los poderes públicos. No son alegables ante los Tribunales sino “de acuerdo con la ley que los desarrolla”*.³⁸⁶

Las implicaciones de este distingo, entonces, son vastas. En Argentina, la expresión “derechos humanos” abarca y comprende a la totalidad de los derechos públicos subjetivos, sin que exista ninguna pauta concreta en el texto constitucional de 1853-1994 que permita discernir alguna diferencia entre ellos. En Argentina puede hallarse una tabla distinta de valores que subyacen o están por detrás de ciertos derechos, pero *todos los derechos reconocidos constitucionalmente gozan del mismo rango y jerarquía: supra-legal o fundamental*. En España, “una rápida

³⁸⁵ PEREZ ROYO, Javier, “Curso de Derecho Constitucional”, Madrid, 2005, Marcial Pons, p. 552.

³⁸⁶ PEREZ ROYO, Javier, ob. cit., p. 270.

*mirada a nuestro bloque de constitucionalidad bastaría para comprobar que no existe en él una definición de los ‘derechos a la protección social’ que permita despejar las dudas que desde la doctrina científica se plantean acerca de su significado y contenido”.*³⁸⁷

El valladar del “contenido esencial” del que habla el art. 53.1 de la CE, amén del eventual uso del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, son rasgos prototípicos y definitorios de los derechos fundamentales. Los “principios rectores” se satisfacen informando la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3), pudiendo “ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los reglamenten”.

Claro que dentro de esta matriz, para los derechos fundamentales asume destacado papel la tutela judicial efectiva, canalizada centralmente por el recurso de amparo constitucional. Lícito es reconocer desbordes en el amparo constitucional, que obligaron en España a la sanción de la Ley 6/2007, con una fuerte tendencia a objetivar al recurso.

Es que, como asevera HERNANDEZ RAMOS con cita de RODRIGUEZ BEREIJO, se había producido un “*resultado*

³⁸⁷ SAENZ ROYO, Eva, “Derechos de protección social y Estado autonómico: los márgenes constitucionales de actuación del Estado y de las CCAA”, en EMBID IRUJO (Director), “Derechos Económicos y Sociales”, Madrid, 2009, Iustel, p. 25.

expansivo que ha venido dando al contenido de algunos derechos fundamentales, singularmente los reconocidos en los artículos 24 y 25 CE. El artículo 24.1 CE ha derivado en una suerte de ‘derecho fuente’ de otros numerosos derechos también constitucionalmente protegidos, y ha hecho posible que cualquier cuestión o problema de índole procesal sea relacionado con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión”.³⁸⁸

Argentina también tiene episodios periódicos de desborde del amparo, que tensionan la división de poderes y las incumbencias que a cada uno le asigna el propio texto fundamental.

En el caso de los principios congregados a partir del art. 39 CE, esa tutela ha sido modalizada del modo que vimos por el art. 53.3 “in fine”, destacándose también la tutela *administrativa* efectiva.

En este último campo es donde debemos prestar especial atención y privilegiar nuestra mirada cuando hablamos de eficacia en relación con las políticas sociales, o con los derechos de “segunda” y de “tercera” generación que de esas políticas emanan.

³⁸⁸ HERNANDEZ RAMOS, “El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional”, Madrid, 2009, Reus, p.40.

4.4. EFICACIA AMBIENTAL.

El art. 45 C.E. en materia ambiental establece: ***“1. Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”***.

La mentada norma -junto con la de la Constitución portuguesa de 1976- sirvió de antecedente para la reforma constitucional Argentina de 1994. Al incorporar el nuevo artículo 41, ésta expresó: ***“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. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, 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. Corresponde a la Nación***

dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesidades para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos”.

Del cotejo de ambos enunciados constitucionales (del español y del argentino), se desprende que: 1. Hay un reconocimiento a un derecho a un ambiente adecuado o sano o equilibrado. 2. Este reconocimiento tiene distintas implicaciones en Argentina y en España: mientras que en el primer caso, puede interponerse una acción de amparo ambiental (art. 43.2 C.A. y art. 30 de la Ley General del Ambiente 25.675), esa opción procesal está vedada en España, a la luz del distingo entre “derechos fundamentales” y “principios rectores” que ya traté. 3. Hay metas compartidas como la utilización racional de los recursos naturales. 4. En el caso argentino, hay una descripción más detallada de las competencias medioambientales entre Nación y Provincias, en atención a la adopción de la forma federal de Estado en 1853. 5. Se prevé en ambos textos el daño ambiental y sus secuelas. 6. Se pone en cabeza de las autoridades públicas y *de los particulares* el llamado “poder de policía ambiental”.

Ambas constituciones prevén que no sólo sean los poderes públicos los que están encargados de la preservación del ambiente. Hay un “derecho” pero también un “deber”, puesto en

cabeza de las personas, que los concita y compromete para el cumplimiento del objetivo fijado por los constituyentes.

La eficacia deja pues de ser sólo una meta del Estado. También los particulares, enrolados en el llamado “constitucionalismo verde”, deben velar por la observancia de las normas tuitivas del ambiente.

Por lo demás, la coordinación inter-jurisdiccional que en Argentina exige el art. 41 C.A. y el Art. 24 de la Ley 25.675 General del Ambiente, en cuanto consagra el llamado “Sistema Federal Ambiental”, ya se encontraba previsto en el Acta Constitutiva del Consejo Federal del Medio Ambiente (COFEMA) del año 1990, en orden al principio de eficacia, como puede advertirse en la siguiente motivación inicial: *“Que la coordinación con los distintos niveles gubernativos y sociales son indispensables para la eficacia de las acciones ambientales”*.

Queda en claro que la coordinación inter-jurisdiccional provocada por el llamado “federalismo de concertación” como la responsabilidad estatal y privada en la protección del ambiente hallan su inspiración en el principio de eficacia.

Ochoa Monzo³⁸⁹ explica el mecanismo de participación ciudadana en el Derecho español y sus implicaciones en el marco

³⁸⁹ En “La Participación Ciudadana y el marco de la prevención y control integrados de la contaminación”, en “La prevención y control integrados de la contaminación”-

del derecho ambiental, expresando que *“los objetivos, de la participación son esencialmente visibles en el caso de la defensa de intereses colectivos o difusos como el ambiente que no se agota en la defensa de estos mismos, sino que pretende favorecer la toma de decisiones de la Administración en un doble sentido. Por un lado, facilitando la eficacia de su actuación, al tener presentes los distintos intereses en juego, y conocer con ello el grado de aceptación o rechazo de las medidas a adoptar”*.

4.5. NUEVAS FUENTES DE LA EFICACIA. EFICACIA Y “SOFT LAW” ADMINISTRATIVO.

Junto con la detección dentro del ordenamiento jurídico de principios como mandatos de optimización y de normas o reglas, hallamos un “corpus” configurado por lo que se ha dado en denominar -siguiendo las aguas del derecho internacional público- “soft law”, es decir, “derecho indicativo”, *“proposiciones prescriptivas que tienen la estructura de normas, pero al mismo tiempo carecen de una fuerza vinculante stricto sensu”*.³⁹⁰

Este universo normativo, compuesto por protocolos de actuación profesional, normas técnicas, códigos de conductas y

coordinado por los Dres. Joan BAUCELLS I LLADOS y Jaume VERNET I LLOBET, Marcial Pons –Madrid 2004, pág. 194 y sgtes.

³⁹⁰ SARMIENTO, Daniel, “El *soft law* administrativo (Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración)”, Navarra, 2008, Thomson-Civitas, p. 96.

buenas prácticas, -instrumentos que describen estándares de conducta- por la íntima vinculación con los resultados se adscriben dentro de la concepción de una Administración Pública guiada por el principio de eficacia.

Claro está que este planteamiento genera enormes repercusiones en lo que hace a la teoría general de las fuentes del Derecho Administrativo, ya que no será sólo la “ley” abstracta propia de los sistemas de la codificación revolucionaria la que pautará el obrar de la Administración.

Uno de los principales aspectos es determinar que estas normas son “ad-intram” y no “ad-extram” de la Administración, sin capacidad para vincular a terceros. Explican GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ que *“en cuanto a las llamadas Circulares de régimen interior o instrucciones de servicio, que tratan exclusivamente de fijar el orden de funcionamiento de las oficinas y servicios administrativos, al no tratarse de verdaderas normas jurídicas relevantes para terceros, no necesitan ser publicadas; son simple órdenes jerárquicas para los funcionarios (aunque generales), pero no alcanzan a constituir o innovar el ordenamiento jurídico. En este sentido, la Circular puede ser opuesta a la Administración en nombre del principio de buena fe (un acto administrativo dictado contra el criterio sustentado en una Circular será expresivo de una arbitrariedad subjetiva, así en*

las jurisprudencias francesa e italiana), pero no cabe ser invocada como norma jurídica”.³⁹¹

Las pautas o directrices contenidas en el llamado “soft law” administrativo inciden peculiarmente en áreas que requieren de considerables conocimientos técnicos, de “expertise” y de “know-how”. Temáticas tan sofisticadas como la protección ambiental se ven repletas de estas pautas que le permiten flexibilidad a su operador, más allá de la proverbial mutabilidad del ordenamiento jurídico administrativo tal como fuese puesto de manifiesto por GARCIA DE ENTERRIA.

El Soft Law administrativo, al que nos referimos³⁹², se *caracteriza por ser la manifestación de una voluntad reguladora por parte del poder público, que aun cuando pueda manifestarse al margen de los cauces formales de regulación, confluya con el ordenamiento jurídico a la hora de ser interpretado consagrando y ajustando su coherencia a las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).*

El carácter técnico-instrumental del entramado de instrucciones conocido como “soft-law” se relaciona estrechamente con la obtención de resultados concretos, de allí

³⁹¹ V. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, tomo I, Buenos Aires, La Ley y Thomson-Civitas, 2006, p. 200.

³⁹² coincidente con SARMIENTO, ob cit pag 169.

su íntima vinculación con el principio de eficacia administrativa.

393

En términos más latos, los actos propios del “soft-law” se refieren a los fenómenos de *gobernanza*. Es que “*la irrupción de nuevos retos para el Estado ha dado pie a un debate sobre las formas y técnicas de ejecución de políticas públicas. Un debate que ha recibido una atención desigual en los Estados occidentales, pero que, en mayor o menor medida, ha permitido instaurar entre los politólogos, economistas y juristas un discurso sobre la gobernanza en el Estado contemporáneo, como alternativa a las formas de gobierno tradicional. Una gobernanza para un nuevo marco, en el que destacan, de forma prioritaria, las políticas de integración social, la adaptabilidad del Estado a la sociedad de la información y, de forma sobresaliente, las políticas de coordinación entre distintos poderes públicos (territoriales y no territoriales), con el fin de compensar las deficiencias de las fronteras tradicionales con la creciente globalización de la sociedad civil y los mercados. Se trata, por tanto, de una nueva forma de orientar las políticas públicas para poder afrontar con mayor eficacia los retos del presente, y se insiste tanto en su*

³⁹³ Como expresa SARMIENTO, Daniel, “El soft law administrativo...ob cit ...pág. 199, “el soft law desempeñara dos importantes papeles en dos momentos diferenciados : en primer lugar, a la hora de adoptar el acto y valorar los criterios previstos en soft law a la luz de la petición de los solicitantes ; en segundo lugar , durante la fase de control del acto, cuando la discrecionalidad de la administración sea objeto de revisión y se acuda al soft law como parámetro de control”.

*novedad, que en muchos ámbitos académicos ha recibido la denominación de nueva gobernanza...el soft law se convierte en una de las piezas elementales de las nuevas políticas públicas, en la medida en que garantiza los tres elementos configuradores...ductilidad, temporalidad y adaptabilidad”.*³⁹⁴

4.6. INTERPRETACIÓN DE LA EFICACIA. EFICACIA Y PONDERACIÓN. PONDERACIÓN DE MEDIOS Y DE RESULTADOS.

Pero si en un tiempo los resultados eran una suerte de “última frontera” para el Derecho en general y para el Derecho Administrativo en particular, últimamente se ha abierto camino un complejo sub-tema, cual es la cuestión de la *ponderación del obrar administrativo*.

En efecto, ya no se trata de un problema estructural de la organización administrativa, sino que ello se vincula con el examen minucioso del actuar imputado a la Administración, y si ese obrar ha sido eficaz, teniendo en consideración una gran cantidad de variables, que se agrandan en la faz discrecional, y que se reducen considerablemente en la reglada.

Para centrar el tema en su quicio, diremos, junto con MONTORO CHINER, que: “*si partimos del principio de eficacia*

³⁹⁴ SARMIENTO, “El *soft law*...”, ob.cit., ps.218/219.

como un principio jurídico, el mandato del artículo 103.1 de la Constitución establece la consecución en cada momento histórico del interés general y de su efectividad, entendiendo como interés general la aglutinación de intereses, valores, o bienes concretos susceptibles de ser protegidos. La Constitución dota para esa finalidad a las Administraciones públicas de una organización que ha de existir necesariamente, aunque no siempre haya de estar sometida al Derecho público, pero a la que la Constitución encomienda, al menos, la dirección de todas las acciones públicas. Para realizar las tareas estatales bajo el estándar recomendado por el artículo 103.1 de la Constitución es preciso ponderar, es preciso evaluar y es preciso analizar el coste-beneficio de determinadas reglas y, fundamentalmente, es preciso analizar cuál de todas las decisiones es la que optimiza el conglomerado de las metas enunciadas. Es el Derecho el que debe crear las condiciones marco para poder hacer efectivo el mandato de optimización del comportamiento administrativo”.³⁹⁵

Se ha afirmado correctamente que vivimos en una “edad de la ponderación”, en un “*age of balancing*”. Los intereses sociales suelen ser tan diversos y contrapuestos, y muchas veces la totalidad de ellos gozan de alcurnia constitucional. Es en el equilibrio de intereses y de situaciones subjetivas donde

³⁹⁵ V. MONTORO CHINER, María Jesús, *Ibidem*.

advertimos que permanentemente los operadores del sistema “ponderan”.

Hay sustancialmente dos acepciones del concepto “ponderación”. El primero alude a tomar en cuenta intereses contrapuestos o contradictorios. Pero también hay otro sentido de la ponderación, referido a un juicio que concluya en amalgamar esos intereses contrapuestos. Como podrá advertirse, ambas nociones no son antitéticas, sino que probablemente representan diversos momentos del acto de la ponderación.

Muchas veces se asocia a la ponderación con la proporcionalidad, estándar muy usado por los Tribunales Constitucionales o supra nacionales (por ejemplo: el de Karlsruhe, o el de justicia de Luxemburgo). Pero diríamos que la proporcionalidad y la razonabilidad mitigan el rigor extremo del “*dura lex, sed lex*” “ínsito en el esquema de lo que se conoce como “Estado legal de Derecho”. Por el contrario, el “Estado constitucional de Derecho”³⁹⁶, que es el paradigma hoy imperante,

³⁹⁶ V. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003), Estado Constitucional como evolución del Estado de Derecho. Este último encaminado a la eliminación de la arbitrariedad en la actividad pública o política, pero desde lo conceptual pues las consecuencias no son precisas. En el principio de legalidad según se trate de la administración (cuya capacidad depende de lo que expresamente dice la ley; es la idea de la vinculación positiva) o de los ciudadanos (para quienes la ley prohíbe, limita, pero nunca habilita; es la vinculación negativa) La ley ya no es objetiva e impersonal. Responde aquélla a intereses particularizados y se configura como causa de inestabilidad y como consecuencia, ocurre la evolución hacia el Estado Constitucional que supone la subordinación de

con su énfasis y acento no sólo en las normas sino sobre todo en la existencia de principios jurídicos, se compadece más con la idea de la ponderación, en cuanto necesidad de equilibrio de derechos.

Zagrebelsky habla de un "Diritto Mite", como equivalente a "manso", "dócil", "dúctil" (que refiere a la propiedad de ciertos materiales, como el oro, de ser maleables). La ductilidad jurídica se traduce en la huida de los dogmas para convertir las Constituciones en textos abiertos donde valores diversos pueden armonizarse.

La constitucionalización de los derechos, entendida por el autor como conjunción entre los derechos vinculados a la justicia y la de los derechos vinculados a la libertad, que significó darles la fuerza normativa de que gozan los textos constitucionales, considerados ahora como auténticas normas jurídicas.

Es así que en la era de los conceptos jurídicos indeterminados³⁹⁷, de escalas axiológicas y de principios del

la ley, a una norma jurídica superior: la Constitución. La Constitución implica un Derecho más fuerte, al que se debe someter en plenitud el legislador.

³⁹⁷ MAGIDE HERRERO en *"Límites Constitucionales.....ob. cit. pág. 275, citando a Bacigalupo, expresa que "La aplicación de estos conceptos exigiría la determinación de criterios que sirviesen para discriminar entre esos candidatos neutrales, (se refiere a fenómenos respecto de los cuales no es posible afirmar sin lugar a dudas si están comprendidos o no dentro del concepto) determinando su inclusión o exclusión del ámbito de significación del concepto, algo que no podría*

ordenamiento, la ponderación es la práctica que hace el operador para equilibrar, balancear y conciliar distintos intereses y derechos, que incluso “prima facie” pueden aparecer como antagónicos.

La ponderación es un ejercicio que no sólo está confinado a los Tribunales Constitucionales o a lo que podemos denominar “interpretación de la Constitución”, pese a la importancia de la doctrina existente en la materia, sobre todo de la mano de las diferentes escuelas “neo-constitucionalistas”. Hay adicionalmente, todo un vasto campo de “ponderación” en el propio ámbito del Derecho Administrativo, como da cuenta bibliografía reciente sobre el tema.

Es que, como vimos a lo largo de este trabajo de tesis, el Derecho Administrativo también tiene principios, entendidos éstos como “mandatos de optimización” (ROBERT ALEXY) que caben ser junto con sus normas “ponderados”.

Analiza Bernal Pulido³⁹⁸, la distinción entre reglas y principios en la teoría de Alexy para quien tanto las reglas como los principios son especies del género norma. La disyuntiva de calificar a una norma como regla o como principio se determina en función de la forma como deba ser aplicada y “*de la forma como*

hacerse a partir del contenido semántico de la norma, precisamente como consecuencia de su indeterminación”.

³⁹⁸ En “El Principio de proporcionalidad y los Derechos, ob cit, pág. 578.

hayan de resolverse las colisiones o conflictos en que se vea implicada“.

Y continua afirmando que ***“la forma jurídica mediante la cual se aplican las reglas es la subsunción“*** y que como las reglas contienen mandatos definitivos, cuando ocurre la conducta que prevén, debe hacerse ***“lo que las reglas han prescripto, ni más ni menos”***.

En cambio –continúa citando a Alexy-, ***“la forma característica de aplicación jurídica de los principios es la ponderación”***. Los principios no contienen mandatos definitivos, sino ***“mandatos de optimización”***.

La ponderación es, pues, el procedimiento de aplicación mediante el cual se establece las relaciones de precedencia entre los principios en colisión.

Ocurre que ***“la ponderación lleva al análisis de todos los valores y de todas las posibilidades materiales y jurídicas para la realización de cada tarea, función o supuesto. La optimización de la conducta administrativa exige que se ponderen, desde todos los puntos de vista que el Derecho ofrece, material, procedimental, etc. los factores que tienden a construir el supuesto.”***³⁹⁹

³⁹⁹ V. MONTORO CHINER, ob.cit., p. 83.

En este marco⁴⁰⁰, el papel de los jueces en el mundo del Derecho, en esta nueva etapa, excede del texto positivo. El juez puesto al servicio tanto de la ley como de la realidad, busca interpretar la norma adecuada al caso concreto y al propio ordenamiento jurídico. De forma tal que la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla posible y justificable.

4.6.1 PONDERACIÓN COMO PROCEDIMIENTO Y COMO RESULTADO.

Las difíciles y complejas tareas que involucra la ponderación como equilibrio y conjugación de valores contrapuestos puede darse en dos aspectos. Una primera aproximación implica a la ponderación como procedimiento, y una segunda, a ésta pero ya vista como resultado.

Muchas veces al hablar de la ponderación, estamos haciendo referencia al primer sentido. Al decir de RODRIGUEZ DE SANTIAGO, la ponderación en esta acepción abarca tres fases: *“primero, se investigan e identifican los principios (valores, derechos, intereses, etc.) en conflicto; segundo, se les atribuye el peso o importancia que les corresponda, conforme a las*

⁴⁰⁰ Conforme expresa ZAGREBELSKY, ob cit.

circunstancias del caso, y tercero, se decide sobre la prevalencia de uno de ellos sobre el otro (o los otros)”.⁴⁰¹

En cuanto a la de resultado, la ponderación se identifica con el contenido final de la actividad administrativa o reglamento, con la decisión o solución a la que se ha arribado de acuerdo con determinados criterios.

La distinción precedente ayuda para entender en cuál de los dos contextos hablamos de eficacia. La ponderación como procedimiento juega de manera notable en el ordenamiento territorial y en el ambiental, en donde hay que identificar prioridades dentro de un conjunto y determinar -ponderar- los pasos a seguir para la obtención de la finalidad.

En el segundo de los sentidos, entramos de lleno en la problemática de la decisión. En materia de interpretación judicial, se ha trabajado más en la ponderación en el acto de sentenciar, mientras que los pasos –y su ponderación-, han jugado como ya fue dicho, un papel destacado en los *iter* que suponen ciertos procedimientos administrativos (en particular, el urbanístico y el ambiental ⁴⁰²).

⁴⁰¹ RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Ponderación y actividad planificadora de la Administración”, en ORTEGA, Luis, y DE LA SIERRA, Susana (Coordinadores), “Ponderación y Derecho Administrativo”, Madrid, 2009, Marcial Pons, p.122.

⁴⁰² En Argentina, en el ámbito nacional se han consagrado en el Decreto Nacional N° 1172/03, reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, un

4.7. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL SOBRE EL PRINCIPIO DE EFICACIA Y SUS DERIVACIONES.

4.7.1. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Mucho se ha discutido en diversas latitudes acerca del valor o cotización de la jurisprudencia como fuente del Derecho Administrativo.

Baste señalar que la cuestión ingresa directamente en el análisis del engranaje de fuentes del Derecho Administrativo, y en qué sistema se monta ese engranaje: tradición europea-continental romanista o “*Common Law*”, por destacar las dos principales. Ha habido autores de la filosofía del derecho y del Derecho Administrativo que participan del criterio de que la jurisprudencia es fuente. Tan sólo en nuestra materia mencionaremos a ENTRENA CUESTA, GARCIA DE ENTERRIA, FERNANDEZ, MARIENHOFF, LINARES o CASSAGNE. Otros autores han sido refractarios a esta consideración: ALESSI o GARRIDO FALLA, por ejemplo.

conjunto de instrumentos de participación ciudadana, a saber: a) las audiencias públicas, b) la elaboración participativa de Normas, c) la gestión de intereses, y d) las reuniones abiertas de los Entes Reguladores de Servicios Públicos.

Sin embargo, ese relevamiento doctrinal⁴⁰³ puede reputarse ciertamente abstracto en el contexto español. En efecto, la directiva contenida en el artículo 5 de la LOPJ parecería disolver en gran medida estos problemas: ***“1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. 2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica. 3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”***.

Por su lado, el artículo 6 de esa ley de desarrollo precisa que ***“Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o***

⁴⁰³ Para un exhaustivo análisis, v. CALVO VIDAL, Félix, “La jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?”, Valladolid, Lex Nova, 1992; BLANCO GASCÓ, Francisco P., “La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000; SACRISTAN, Elena B., “La jurisprudencia como fuente del Derecho Administrativo”, en AA.VV., “Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo”, ob.cit., p. 121 y ss.

cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

Afirman GARCIA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ que “la generalidad del mandato de interpretación conforme a la Constitución asigna, por sí solo, un valor preeminente a la doctrina legal que resulte de las sentencias del Tribunal Constitucional frente a cualquier otro cuerpo judicial de cualquier otro orden judicial, preeminencia que resulta del carácter de ‘intérprete supremo de la Constitución’ que a aquel Tribunal corresponde, según el artículo 1 de su Ley Orgánica de 1979. Hoy no cabe duda ya del carácter vinculante para todos los Tribunales (y antes, por consiguiente, para todos los sujetos de derechos y obligaciones y para todos los poderes públicos) de las Sentencias del Tribunal Constitucional que, en cuanto interpretaciones de la Constitución, se hacen, puede decirse, adventicias a ésta (aunque les falte la rigidez de misma, obviamente; las interpretaciones de la Constitución que hace el Tribunal Constitucional puede corregirlas él mismo, corrección que es, por cierto, una de sus funciones más relevantes, la de hacer de la norma suprema una living Constitution, adaptada a la variación social y de los tiempos, que ha sido uno de los aciertos de la Corte Suprema americana,

que ha contribuido decisivamente a la perduración del texto de 1787).⁴⁰⁴

En ese contexto, se deriva directamente del principio del valor normativo de la Constitución, el de ***“la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico en el momento de su aplicación”***⁴⁰⁵.

Los derechos, como expresa Bernal Pulido, que - las más de las veces- son indeterminados, requieren de una observación para determinar si una norma o una posición jurídica está incluida ***dentro de su contenido vinculante***. Resolver esta indeterminación, requiere observar los derechos dentro del sistema jurídico y como parte de él, vale decir, requiere sean determinados en el marco de los restantes u otros derechos y de los demás bienes constitucionales.

⁴⁰⁴ V. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, tomo I, ob.cit., ps.111/112. De todos modos, se trataría de un mayor valor vinculante y no de un “stare decisis”, ya que este último criterio requeriría, en el caso español, de matizaciones. V. RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público. Reconsideración de las sentencias como fuente del derecho”, en “Revista de Administración Pública” 157, Enero-Abril de 2002, p. 114.

⁴⁰⁵ V. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Madrid, Thomson-Civitas, 2006, p. 313.

4.7.2. PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE EFICACIA.

A lo largo de diversas decisiones, el intérprete supremo de la Constitución Española tuvo ocasión de expedirse acerca del principio de eficacia consagrado por el artículo 103.1 y sus múltiples implicaciones jurídicas.

Existen distintas sentencias del Tribunal que relacionan al principio de eficacia con el de la autotutela de la Administración, afirmando que este último no es contrario a la Constitución. Así, *“ciertamente, el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art.103 de la CE (STC 22/1984), y en términos generales y abstractos la ejecutividad de sus actos tampoco resulta incompatible con el artículo 24.1 de la Constitución española (STC 66/1984)...”*. (STC 148/1993, del 29 de abril, RTC 1993, 148).

A estos fines, resulta sumamente útil traer a colación ese primer antecedente mencionado por los magistrados allí actuantes. En la referida STC 22/1984, del 17 de febrero (RTC 1984, 22), se afirmó que: *“La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la*

Constitución Española. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia ‘con sometimiento pleno a la ley y al Derecho’. Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración con arreglo al artículo 103 de la C.E. y, por ende, puede ser ejercida por las autoridades municipales, pues aun cuando el artículo 140 de la C.E. establece la autonomía de los municipios, la Administración municipal es una Administración pública en el sentido del antes referido artículo 103’.

Esta doctrina ha sido recogida por los tribunales del Poder Judicial, con arreglo al artículo 5 LOPJ. Así, la Audiencia Nacional, por sentencia del 21 de junio de 2002, memora el fundamento constitucional de la ejecutividad: “*la eficacia de la actuación administrativa, constitucionalmente reconocida en el artículo 103 de la Constitución, impone que los actos de las Administraciones Públicas nazcan con vocación de inmediato cumplimiento, eso es, sean inmediatamente ejecutivos -artículo 94- y produzcan efectos*

desde la fecha en que se dictan -artículo 57-, ambos de la ley 30/1992, por lo que su impugnación en vía administrativa o judicial no produce la suspensión automática de su ejecución”. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencia del 15 de junio de 1987, expresó que: “la potestad ejecutoria, que permite la autoejecución de sus propias resoluciones por la Administración que las dictó se encuentra en nuestro derecho vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución como desarrollo del principio de eficacia con sometimiento pleno a la ley y al derecho que proclama el Artículo 103, según ha dicho el Tribunal Constitucional y recordamos nosotros en numerosas ocasiones. Es una consecuencia de la presunción de legitimidad que alcanza a todas las actuaciones de los poderes públicos, no sólo a las del Ejecutivo, y con mayor razón si, a su vez, el poder ostenta una verdadera legitimidad democrática. Esta presunción de legitimidad, inherente a la entera actividad pública (legislativa, ejecutiva y judicial) está presente y operante, aunque implícita, en la Constitución y a veces explícita en el resto del ordenamiento jurídico. El simple enunciado de que ‘la Administración pública sirve los objetivos generales’ refleja esa legitimidad presumible desde el mismo texto constitucional (Artículo 103.1) y tal presunción justifica las potestades de la Administración para dotarse a sí misma de un título ejecutivo (el acto administrativo) y para ejecutarlo por sí e inmediatamente, encadenamiento lógico que es característico de nuestro sistema administrativo y según el

cual perdería su propia sustantividad (sentencia del Tribunal Supremo del 26 de marzo de 1986)”.

Al respecto, la doctrina ha observado que las construcciones realizadas “acerca de cómo la cláusula del Estado de Derecho y la proyección de la tutela judicial efectiva afectan a una institución señera y tradicional de nuestra disciplina como es la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, reflejan hasta qué punto hoy el moderno derecho administrativo, sin renunciar a su pasado ni a su historia, ha de hacer un esfuerzo por construir los conceptos y las categorías cardinales de nuestra disciplina científica a partir de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona en el entero sistema jurídico. Así parece haberlo entendido alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas”.⁴⁰⁶

También el principio de eficacia fue útil, en un orden de ideas completamente distinto al anteriormente tratado, para el Tribunal Constitucional, a la hora de evaluar el régimen de incompatibilidades diseñado para el funcionariado por parte de las Cortes Generales. Allí (STC 178/1989, del 2 de noviembre (RTC 1989, 178) dijo que: “no han tenido en cuenta los demandantes, en efecto, un principio esencial, sancionado constitucionalmente en

⁴⁰⁶ V. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Ejecutividad y tutela judicial efectiva (Aproximaciones jurisprudenciales)”, en AA.VV, “Cuestiones de Acto Administrativo...”, ob.cit.,p. 868.

el artículo 103.1, de la propia Carta fundamental, que debe presidir, junto con otros que ahora no hacen al caso, toda la actuación de la Administración Pública y, por tanto, la de su elemento personal (los funcionarios y, en general, los empleados públicos): El principio de 'eficacia'. Un principio que debe presidir, como es obvio, lo que es previo a la actividad administrativa, la 'organización' y, en consecuencia, el aparato burocrático o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública, entendida ésta en sentido amplio. Si la Constitución proclama expresamente en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe organizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente. Si resulta que no sólo la imparcialidad, sino también la eficacia, es un principio sancionado en el mismo precepto constitucional, aunque en otro apartado, que ha de presidir la organización y la actividad de la Administración Pública, el legislador puede tenerlo perfectamente en cuenta a la hora de diseñar el régimen o sistema de incompatibilidades, extrayendo del mismo todas sus consecuencias. Así, el llamado 'principio de incompatibilidad económica', o el principio, en cierto modo coincidente con él, de

‘dedicación a un solo puesto de trabajo -al que expresamente alude el preámbulo de la ley 53/1984- no vulneran en modo alguno la Constitución, ya que no están vinculados únicamente, ni tienen por qué estarlo, de modo exclusivo y excluyente, a la garantía de imparcialidad. Tales principios responden a otro principio constitucional, concretamente, al de eficacia, que es, además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar de acuerdo con él (artículo 103.1 C.E.). Es, pues, también el principio de eficacia, y no sólo el de imparcialidad, el que ‘explica’ en buena parte y ‘justifica’ constitucionalmente el régimen de incompatibilidades establecido en la Ley impugnada, en la que no pueden reconocerse así los ‘excesos’ o ‘extralimitaciones’ que le atribuyen los demandantes. Que el legislador persiga, en definitiva, la ‘dedicación exclusiva’ a la función pública por parte de los empleados públicos no es una finalidad ajena a la exigencia de profesionalidad de los servidores públicos, exigencia conectada directamente al principio constitucional de eficacia de la Administración, como pone de relieve el Abogado del Estado. Bien entendido que si la eficacia es uno de los principios a que puede responder un régimen de incompatibilidades, como es el caso del diseñado por la ley 53/1984, tal principio no tiene por qué ser necesariamente el único, junto con el de imparcialidad. Dicho régimen puede también estar presidido por otros principios, igualmente sancionados a nivel constitucional. O tratar de alcanzar otras finalidades, igualmente legítimas,

constitucionalmente hablando, entre las que pueden estar las señaladas en el artículo 40 de la Constitución. Tratar de alcanzar, así, el objetivo de una mejor distribución del empleo público con el consiguiente efecto final favorable para quienes se hallen en una posición menos ventajosa en el mercado de trabajo no sólo no es contrario a la Constitución, sino ajustado a ésta, aunque de ello puedan derivarse, como es obvio, restricciones para quienes disfrutan, o pudieran hipotéticamente disfrutar, de más de un empleo”.

A lo largo del pasaje de esta decisión, puede advertirse con claridad la utilización de la técnica de la ponderación, al tener que equilibrar y balancear la posibilidad de que un servidor público ostente dos trabajos, con las necesidades funcionales de la Administración impuesta, entre otras, por el principio de eficacia. Allí observamos una decantación concreta de este principio, al que muchas veces se lo ha tildado de ilusorio o utópico y con pocas posibilidades de realización práctica. La eficacia administrativa puede aconsejar exigir al funcionario que se concentre en un empleo, y no en una pluralidad, de acuerdo a cómo lo ha estimado el legislador al sancionar la ley 53/1984 cuestionada en esa causa.

Por lo demás, ***“en la tarea de interpretación constitucional y de toma de decisiones sobre derechos fundamentales -como en toda la interpretación jurídica- debe realizarse una determinación***

o juicio práctico sobre si el sujeto activo que pretende una cosa, una acción o una omisión es poseedor del título jurídico habilitante para ello, o si el título pertenece a quien le deniega su pretensión. Esto ocurre de modo paradigmático y concreto en la decisión judicial, y de modo más genérico y abstracto, en la labor legislativa -que también es interpretación constitucional- y en la tarea doctrinal”.⁴⁰⁷

En otra oportunidad (STC 46/1991, de 28 de Febrero (RTC 1991, 46)), el Tribunal valoró -desde la óptica de la eficacia- el requerimiento para el funcionariado del conocimiento de la lengua catalana.

Allí expresó que ***“la razonabilidad de valorar el conocimiento del catalán como requisito general de capacidad, aunque variable en su nivel de exigencia, viene justificada por diversos motivos. En primer lugar, debemos mencionar el carácter del catalán como lengua de la Administración de la Generalidad, junto con el castellano, ambas de uso preceptivo (artículo 5 Ley catalana 7/1983); que son válidas y eficaces las actuaciones administrativas hechas en catalán (artículo 7.1 ley catalana 7/1983); y que los particulares gozan del derecho de usar el catalán en sus relaciones con la Administración (artículo 8 de la Ley 7/1983 y STC 82/1986). Además, se trata de un requisito***

⁴⁰⁷ V. TOLLER, Fernando M., “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en CIANCIARDO, Juan (Coordinador), “La interpretación en la era del neoconstitucionalismo”, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p.158

justificado y equitativo también en función de la propia eficacia de la Administración autónoma (artículo 103.1 C.E.), por lo que resulta constitucionalmente lícito exigir, en todo caso, un cierto nivel de conocimiento de la lengua catalana, que resulta imprescindible para que el funcionario pueda ejercer adecuadamente su trabajo en la Administración autónoma dado el carácter cooficial del idioma catalán en Cataluña (artículo 3.2 C.E. y artículo 3.2 EAC) y dada también la extensión del uso del catalán en todo el territorio de la Comunidad Autónoma)”.

Nótese cómo aquí el Tribunal se podría haber limitado, con base de argumentos de reconocimiento lingüístico, en resaltar la exigencia del idioma catalán, sin embargo, fue más allá y empleó pautas de eficacia, esta vez a ser colocadas en cabeza de una Administración autonómica.

Del mismo modo, en ocasión de examinar la “continuidad de los servicios públicos” (STC 166/1998, RTC 1998, 166), el Tribunal enlazó esta directriz con el principio de eficacia, “*principio a cuyo contenido ya hemos hecho referencia -subrayan los magistrados- no sólo en relación con la organización y medios de una Administración Pública sino también con el estatuto general de su actividad como poder público y las potestades que le han sido atribuidas*”.

CAPITULO QUINTO: GARANTÍAS DE LA EFICACIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL ESTADO: RESPONSABILIDAD Y CONTROL

5 - EFICACIA Y RESPONSABILIDAD

Ya vimos con antelación las reflexiones de ORTEGA acerca de la imputación de responsabilidad que trae aparejada la noción de eficacia.

Claro está que los niveles o escalas de responsabilidad no son idénticos en todas las hipótesis, y para ello corresponde adentrarse en la intensidad prestacional que exige el ordenamiento jurídico a la Administración Pública prestadora, que delimita y precisa los alcances de su intervención en los supuestos concretos.

Debe analizarse, además, la responsabilidad según la etapa de política pública de que se trate. Es que *“los principios generales que gobiernan la responsabilidad burocrática se aplican tanto a la implementación de la política como a su formulación. Los burócratas, además de tomar medidas para asegurar que exista una conducción adecuada sobre el proceso político, responsabilidades que están dirigidas a asegurar que estén presentes los datos políticos necesarios, adquieren*

responsabilidades para asegurar que la implementación de esta política esté de acuerdo con las expectativas generadas, responsabilidades dirigidas a los resultados”.⁴⁰⁸

Cabe señalar que la responsabilidad estatal plena o de completo cumplimiento contrasta con la responsabilidad estatal de garantía de prestaciones. Así, en el artículo 28.6 de la ley 39/2006 del 14 de diciembre, acerca de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, establece que “los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas previstas en la presente Ley se efectuarán directamente por las Administraciones públicas, no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas”.

Queda en claro el deslinde de responsabilidades. Así, mientras que en las prestaciones de servicios hay una limitación de la responsabilidad estatal a la garantía de las mismas, las prestaciones económicas son legalmente un supuesto de responsabilidad estatal de completo cumplimiento. Es que el Estado encomienda a terceros, como señala RODRIGUEZ DE SANTIAGO, el desarrollo de la prestación social⁴⁰⁹, quedando claramente delimitado el rol directo de la Administración en la

⁴⁰⁸ V. BURKE, John P., “Responsabilidad burocrática”, Buenos Aires, Heliasta, 1994.

⁴⁰⁹ V. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, “La administración del Estado social”, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 77.

gestión económica, lo cual se vincula con la eficacia y la eficiencia, y la responsabilidad estatal.

Claro que en la eficacia del sistema prestacional, también incide -y vale la pena recordarlo- la figura del prestatario. Es que *“la participación del destinatario de la prestación en el procedimiento (en sentido amplio) en que aquélla se concreta y se ejecuta viene impuesta también por razón de los presupuestos mínimos del éxito de la prestación. Que la atención y asistencia social de que se trate alcancen el éxito pretendido es algo que no puede garantizarse desde la distancia de la regulación de programas materiales condicionales detallados. El resultado exitoso de las prestaciones sociales de carácter personal se garantiza más eficazmente mediante la creación de estructuras organizativas y procedimentales en las que se haga posible la confianza en la persona prestadora, la participación del destinatario en la relación prestacional y su propia colaboración y compromiso con el remedio que debe aplicarse para su concreta necesidad personal. Deriva de la misma naturaleza de estas prestaciones que es irrenunciable reconocer en su desarrollo derechos de participación al destinatario”*.⁴¹⁰

Por lo demás, la intensidad que requieren ciertas prestaciones (v.gr., *“in natura”*) las hace *“intuitu personae”*, en

⁴¹⁰ V. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, J.M., ob. cit., p. 105, con cita de SIMONS.

donde la vinculación Administración Pública/destinatario asume ribetes trascendentes, y en donde viene a jugar de modo determinante el principio de eficacia, en atención al contexto de garantía de los derechos fundamentales en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho tal como fue reseñado “*supra*”.

Claro está que la noción de “eficacia” ensancha notablemente las hipótesis de responsabilidad del Estado y del agente público. No ha sido el caso en Argentina, donde el concepto predominante -acuñado en sede jurisprudencial, y sobre la base de lo regulado por el artículo 1112 del Código Civil argentino- ha sido el de la “falta de servicio”. Al respecto, se ha dicho que *“en lo que respecta a la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita de Derecho público del Estado, el factor de atribución más importante es la falta de servicio la cual se genera por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública, ya sea por acción o por omisión cuando pesaba sobre aquella la obligación de actuar. La falta de servicio se puede producir tanto por actos de alcance individual o general, como por operaciones materiales de los agentes estatales. La expresión falta de servicio la hemos importado del derecho francés, en el cual aquélla constituye el centro del sistema de responsabilidad y se produce -según la explicación tradicional del Consejo de Estado y de la doctrina-*

cuando el servicio no funciona, funciona mal o funciona atrasado o demasiado tarde”.⁴¹¹

Entre la profusión de casos jurisprudenciales en los que el Estado argentino ha sido condenado por la “falta de servicios”, es decir, por su obrar anómalo, pueden referirse los perjuicios ocasionados por errores y omisiones de los registros de propiedad; demoras no justificadas en las tramitaciones administrativas; daños padecidos por los reclusos en las cárceles; daños ocasionados por la deficiente realización de obras públicas; perjuicios generados por corredores viales en mal estado o con defectuosa señalización; daños producidos por la policía de seguridad, etc.

Como puede apreciarse, la responsabilidad se estructura por la idea francesa de la falta de servicio, careciendo el ordenamiento jurídico argentino de una noción más completa y abarcativa de eficacia/ineficacia.

Hace tiempo, quienes dirigen las organizaciones han comprendido que no sólo los recursos materiales o humanos son activos importantes y que deben ser cuidadosamente gestionados, sino que existen intangibles, tales como la

⁴¹¹ V. PERRINO, Pablo E., “Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita”, en AA.VV., “Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, 2000, p.64.

información y el conocimiento, que son también factores críticos de éxito.

Asimismo, y tal como lo establecen los estándares y normas de calidad, es sabido que *las decisiones eficaces se basan en el análisis de los datos y la información.*

Esto implica basarse en el análisis de datos obtenidos a partir de medidas e información recopilada. En este contexto, la organización debería analizar los datos de sus diferentes fuentes tanto para evaluar el desempeño frente a los planes, objetivos y otras metas definidas, como para identificar áreas de mejora incluyendo posibles beneficios para las partes interesadas.

En las organizaciones en general, existe una jerarquía que determina el tipo de acciones que se realizan dentro de ella y, en consecuencia, el tipo de decisiones que se deben tomar. Las mismas suelen categorizarse en tres niveles:

1. **Estratégico:** Alta dirección; planificación global de toda la empresa.
2. **Táctico:** Dirección; Planificación de los subsistemas empresariales.
3. **Operativo:** Jefes de Área; Desarrollo de operaciones cotidianas (diarias/rutinarias).

Conforme se sube en la jerarquía de una organización, la capacidad para tomar decisiones no programadas o no

estructuradas adquiere más importancia y criticidad, ya que son este tipo de decisiones las que atañen a esos niveles.

Si bien la teoría respalda todo lo antes mencionado, la realidad es que en la práctica la mayoría de las organizaciones, sean estas públicas o privadas tienen grandes problemas para gestionar adecuadamente sus sistemas de información y hacer que los distintos niveles cuenten con la información necesaria, en el momento que esta es requerida. Esto impacta directamente en el cumplimiento de los objetivos organizacionales.

En este caso puntual de una Organización de la Administración Pública, es importante comprender que la misma es la encargada de implementar las políticas públicas y satisfacer las demandas de los ciudadanos. En tal sentido, se establece claramente la necesidad de avanzar en la transformación hacia una administración dirigida fundamentalmente a la prestación de servicios y preocupada por su calidad, contexto en el cuál, los datos y la forma en que los mismos son administrados para obtener información, ocupan un lugar preponderante⁴¹².

⁴¹² REYES ZATARAÍN DEL VALLE "Configuración de las Grandes Administraciones Públicas", en Estudios para la Reforma de la Administración Pública - Instituto Nacional de Administración Pública Madrid- 2004 apunta: "Los mecanismos de coordinación y cooperación deben potenciarse en aras de facilitar el acercamiento de la Administración al ciudadano. La configuración de las Administraciones Públicas no puede concebirse en el actual siglo sin tener en cuenta el llamado «gobierno electrónico», entendido éste por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas como un gobierno que trata de optimizar sus funciones,

- **En todo ámbito se pueden generar situaciones en que áreas o agentes vinculados por interacciones estratégicas no consiguen alinear sus informaciones, expectativas, creencias, estrategias, decisiones y/o acciones de manera compatible con el fin perseguido. El resultado de esta situación se traduce en decisiones ineficaces de aquel que tiene la responsabilidad de guiar los rumbos de la organización, por lo que la coordinación resulta un elemento esencial que impone coherencia a la estrategia. De nada serviría tener la información correcta y completa posteriormente a que se hayan producido los efectos nocivos de no haber ejecutado una decisión a tiempo, como así tampoco sería positivo contar con información inexacta, aunque la misma sea aportada en el tiempo justo.**

- **En ese marco, el control es el proceso idóneo para garantizar que las actividades reales se ajusten a las actividades planeadas y posibilitar la rectificación oportuna de conductas o decisiones inadecuadas y ayudar a la consecución de los objetivos propuestos por una organización.**

transformado las relaciones internas y externas gracias a la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones. El vínculo entre el gobierno (en este caso el gobierno electrónico) y la gestión de los asuntos públicos permite relacionar el desarrollo del gobierno electrónico con el apoyo al sistema de gestión más conveniente.” Pág 260.

- **Un adecuado sistema de control será el que cumpla con dos condiciones básicas y necesarias: ser temporalmente oportuno y técnicamente idóneo.**

Reconocer el estado de madurez de los procesos formales e informales en una organización y en especial en las Administraciones Públicas⁴¹³, impone que los mismos sean ajustados y fortalecidos con la finalidad de incorporar la información idónea y suficiente para implementar un sistema de clasificación que pondere riesgos y necesidades.

Este reconocimiento y revisión conlleva, no solo a que fluya la información precisa para la toma de decisiones sensibles en tiempo real, sino además a que la planificación pueda realizarse sobre base cierta y en consecuencia el monitoreo de las acciones que se ejecuten y los programas de mejoramiento continuo de la gestión que se defina implementar, permitan una adecuada evaluación y rediseño permanente y en especial hacer visible la tarea propia asignada legalmente, de la que surge la responsabilidad primaria de las autoridades competentes, de

⁴¹³ Germán FERNÁNDEZ FARRERES en Estudios para la Reforma de la Administración Pública -Instituto Nacional de Administración Pública- Madrid- 2004 -ADMINISTRACIONES INSTRUMENTALES pág. 341 expresa: *“La intervención pública, para seguir cumpliendo su finalidad de garantía de los intereses generales implicados en esos complejos sectores de la economía y la comunicación, necesariamente ha de rectificar los modos más tradicionales de actuación, relegándolos, cuando menos, a un segundo plano”*

aquella que muchas veces se ejecuta en la práctica sin un encuadre normativo preciso y sin atribución de responsabilidad .

5.1 - PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

En general, en la legislación administrativa, se recurre al principio de responsabilidad objetiva, con los condicionamientos que en cada ordenamiento jurídico se establecen y con los matices propios que aporte la jurisprudencia de los Tribunales en cada país.

En doctrina han surgido distintas vías que se refieren a alguno de los pilares básicos del sistema de responsabilidad (imputación, relación de causalidad y concepto técnico-jurídico de lesión):

Como expresa MANUEL REBOLLO PUIG, *“Una reforma administrativa que atienda a las nuevas necesidades sociales y funciones administrativas debe poner a punto este instrumento, armonizando debidamente las garantías de los ciudadanos y la eficacia de la Administración Pública”*.⁴¹⁴

La objetivación de la imputación del resultado lesivo, es el aporte más reciente, y sugiere que sólo los daños que sean la

⁴¹⁴ MANUEL REBOLLO PUIG - *Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas*, en Estudios ob cit pág. 461.

materialización de un riesgo jurídicamente relevante puedan ser imputados a la Administración Pública. Para que el riesgo sea jurídicamente relevante, debe ser general, inherente al servicio o prestación y no debe ser socialmente admitido. En cualquier caso ninguna de las vías permite resolver por sí sola todos los excesos de una mal entendida responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas en un Estado social y democrático de Derecho.

En líneas generales⁴¹⁵ se articula la responsabilidad contraída sobre la base de la efectiva realidad de la ocurrencia de un daño, evaluable económicamente, e individualizado con relación a una persona o grupo, así como que la lesión, sea personal o patrimonial, se produzca como consecuencia del funcionamiento, no sólo anormal, sino aún normal de un servicio público⁴¹⁶, o bien devenga de una situación de hecho administrativa lo que requiere una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, con ausencia de fuerza mayor , y en cualquier caso , en la atribución de responsabilidad el nexo causal

⁴¹⁵ Ya que no es objeto de este trabajo profundizar sobre los ordenamientos jurídicos que regulan la responsabilidad en derecho público, sino solo referenciar sus lineamientos para a partir de allí esbozar principios aplicables a la responsabilidad por la actividad social del Estado.

⁴¹⁶ Recordemos como expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, “La responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el derecho Español, Civitas, Madrid 2005, pág. 106, que el principio de responsabilidad de los poderes públicos, implica que éstos deben rendir cuentas del ejercicio del poder público del que no son dueños, sino *agentes vicariales*.

no debe sufrir intervención extraña en la que haya podido cooperar el propio lesionado.⁴¹⁷

Es sobre esta visión preliminar, que se pueden extraer las siguientes notas características de la responsabilidad patrimonial de Derecho público de la Administración del Estado:

1. Se trata de un principio de responsabilidad objetiva, apartándose del criterio general de responsabilidad extracontractual aquiliana, que requiere que la acción u omisión causante del daño se produzca mediando culpa o negligencia. De forma tal que la responsabilidad de la Administración revista caracteres objetivos.
2. La necesidad de una efectiva lesión o daño, susceptible de ser traducido en términos económicos, e individualizado. Las decisiones administrativas no presuponen derecho a indemnización, requieren una petición concreta sobre la base de una situación jurídica individualizada para que la indemnización de los daños y perjuicios se haga efectiva cuando proceda.

⁴¹⁷ En el Estudio de reforma el Dr. REBOLLO PUIG, ob cit, pág. 469, propone: “Puede ser muy conveniente establecer reglas generales sobre las Administraciones y entes públicos que puedan ostentar potestad sancionadora (excluyendo en todo caso a las personificaciones de Derecho privado, aunque sean titularidad de la Administración) y sobre órganos y funcionarios especializados en la tramitación de los procedimientos sancionadores, pues es ésta una materia que requiere de una cierta formación jurídica y en la que las garantías no aumentan por el hecho de que la competencia se atribuya a los órganos superiores”.

- 3. La Relación de causalidad entre el daño y la actividad administrativa. Ya que la Actividad administrativa entendida en su sentido amplio de funcionamiento normal de un servicio, como formato de situación de hecho administrativa o de despliegue de actividad administrativa al que se atribuya la producción del daño y la relación de causalidad entre ambos.**

- 4. La Causalidad directa y exclusiva entre la actividad de la Administración y el daño sin que existan supuestos que excluyan la responsabilidad objetiva, en cuanto que está concebida en dicha ley al margen de los principios de culpabilidad.**

Conectar el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con las políticas públicas, es ampliar la agenda de la responsabilidad y encontrar fundamento jurídico de la responsabilidad, en el grado de aplicación de los mecanismos de gobernanza, que se aplican en el Estado y que resultan esenciales en todo proceso democrático que involucre una activa actuación del estado en la implementación de políticas públicas.

Me estoy refiriendo a los institutos de rendición de cuentas y acceso a la información, como mecanismos o herramientas que hacen posible condiciones de participación y proximidad

ciudadana⁴¹⁸ en los procesos gubernamentales, y que definen nuevos canales de relación y de comunicación entre el Estado y los actores sociales que dejan de ser particulares o administrados para convertirse en garantes de una adecuada toma de decisiones.

La difusión y aceptación de estos institutos implica una transformación cultural en la concepción y práctica del servicio público, ya que significa someter la gestión gubernamental y el desempeño de los funcionarios públicos a ellos.

Lo que se busca con ello es recuperar el razonable equilibrio entre las garantías del ciudadano y la tutela del interés general.⁴¹⁹

Atento la importancia constitucional, social e incluso económica del tema de la responsabilidad sería apropiado que existiera una normativa específica con el exclusivo objeto de

⁴¹⁸ BAYONA I. ROCAMORA en ESTUDIOS... ob cit pág. 246, señala “*la autonomía territorial debe considerarse como un factor esencial en el desarrollo de la participación ciudadana, en tanto que puede generar instrumentos a dicho efecto aprovechando el factor de mayor proximidad.*”

⁴¹⁹ *El legislador*, -como expresa Gabriel DOMENECH PASCUAL en “El principio de Responsabilidad Patrimonial de los Poderes públicos, en Los principios Jurídicos.... Ob cit.- La Ley 2010 – pág. 677, *dispone de un ancho margen de maniobra para configurar, matizar, y hasta limitar esa responsabilidad*, –cuando evalúa la responsabilidad de todos los poderes públicos, conforme las disposiciones constitucionales-, *pero* –sostiene el autor-, que “*las limitaciones solo serán constitucionalmente lícitas en la medida en que resulten proporcionadas para satisfacer algún principio constitucional.*”

regular la responsabilidad de las Administraciones Públicas en la temática específica de las políticas públicas.

Esta norma debería contener los presupuestos mínimos que puedan ser ponderados por la jurisprudencia⁴²⁰ y que atento la dinámica propia de las políticas públicas, una ley no podría agotar de forma exhaustiva toda la materia y toda regulación resultaría, sin duda, insuficiente e incompleta.

Las exigencias constitucionales en un Estado social y democrático de Derecho harían aconsejable que el sistema de responsabilidad en materia de políticas públicas se regule mediante una norma de atribución específica que tenga un contenido preciso y abarcativo de la actividad social del Estado, por las concretas y particulares circunstancias que se producen en la realidad de las cosas al atender esta problemática.

En la mayor parte de las prestaciones económicas de la seguridad social, toda la función es responsabilidad del Estado y, en su mayor parte, además, objeto de competencias administrativas de tipo ejecutivo⁴²¹.

⁴²⁰ Ya que los Tribunales tendrían que resolver cuestiones o situaciones que no han sido contempladas por el Legislador.

⁴²¹ Baste pensar , como enseña GARCÍA DE ENTERRÍA , -ob cit legislación delegada, potestad..... pág. 157, que la Administración, como denota su caracterización tradicional como poder ejecutivo, es ejecución o cumplimiento de ley, o más técnicamente.....ejercicio de potestades funcionales atribuidas por la ley“.

Lo normal es que las leyes reguladoras de estas prestaciones administrativas de carácter social se limiten a establecer el marco *organizativo y procedimental* en el que dichas prestaciones se realizan.

Pero el contenido concreto de la prestación en función de las circunstancias reales concurrentes no lo fija la norma, sino que lo entrega el legislador a la concreción por parte de la Administración que actúa en dicho marco organizativo y procedimental con el que la norma tiene que contentarse para dirigir la actividad administrativa.

Sobre el contenido material de las prestaciones de servicios o materiales se limita la ley a establecer *principios o directivas de actuación* que deberán ser tenidas en cuenta por la Administración tanto en el plano general de la ejecución global de sus funciones y la valoración de su cumplimiento, como en el particular de la precisa configuración y concreción de una prestación personal con respecto a una persona.

En el derecho español, la naturaleza del derecho a la indemnización que resulta del artículo 106.2 CE no es un derecho de configuración judicial ni un derecho que surja directamente de la Constitución.⁴²²

⁴²² Según declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1996 (referencia Aranzadi 987), el derecho a la indemnización no deriva directamente

Y refiriéndose al art 106.2 CE y concretamente al margen de maniobra del legislador para “*decantarse*” por alguna solución , el Dr. Domenech Pascual⁴²³, expresa que cuando este artículo dispone que “*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los poderes públicos, no concreta quien está obligado a indemnizar: el agente autor de la lesión; el ente a cuyo servicio actuaba el mismo o los dos mancomunadamente, los dos solidariamente, etc.*”

De allí que, la imputación, la relación de causalidad y el concepto técnico-jurídico de lesión sean los pilares básicos que sostienen la *construcción* de la responsabilidad patrimonial.

Cuando los presupuestos mínimos, establecidos por el Legislador como elementos esenciales son insuficientes, los Tribunales son quienes deben entonces, precisar y concretar esos

de la Constitución sino que se trata de un derecho de configuración legal: «En primer lugar ha de resaltarse que el principio de responsabilidad patrimonial proclamado en el artículo 106 de la Constitución conlleva un derecho de los llamados de configuración legal. Es decir, que no se trata de un derecho que derive directamente de la Constitución, sino que exige la interposición de una Ley, y es exigible, no en los términos abstractos establecidos en la Constitución, sino en los términos concretos en que figure en la Ley ordinaria que lo regule, porque tras la primera coma del párrafo transcrito se reconoce el derecho "en los términos establecidos por la Ley" ».

⁴²³ Ob cit , pág. 685.

presupuestos mínimos, pero no pueden sustituir al Legislador a la hora de establecerlos.

5.2 - LA GERENCIA SOCIAL Y LA RESPONSABILIDAD. GERENCIA EFICIENTE

Cuando se amplía la actividad social del Estado, se va generando una demanda de administración eficiente de proporciones significativas, la implementación de *nuevas políticas en diseño no modificarán la realidad si no existe suficiente capacidad de gestión para ejecutarlas con efectividad.*⁴²⁴

Cotidianamente, las fuerzas políticas y sociales así como la opinión pública ejercen una fuerte presión histórico-social concreta para alcanzar capacidad administrativa y resultados organizacionales. Esta situación , muchas veces configura un ámbito propicio para el desenvolvimiento de una crisis de legitimidad de la acción del Estado, y es esa debilidad aprovechada, sin duda por ciertos sectores de interés, empeñados en minar la credibilidad de la Administración pública.

La situación de conjunto conformada por esas nuevas atribuciones organizacionales no tradicionales y la situación que coincidimos en llamar de «administración de escasez», plantea la

⁴²⁴ BERNARDO KLIKSBERG – *Gerencia pública en tiempos de incertidumbre*, (INAP, España, 1992).

necesidad de incrementar de forma sustancial la capacidad de gestión del Estado.

Se le pide al Estado que asuma misiones nuevas, más complejas vinculadas con funciones estratégicas en la integración económica regional y subregional, desde la promoción de exportaciones no tradicionales a la Investigación y desarrollo de nuevas tecnologías, y al mismo tiempo que desarrolle de programas sociales en gran escala para los sectores más afectados ante situaciones de crisis o exclusión .

Surge ante ello, la necesidad de organizar y gerenciar, acciones, proyectos y planes para encarar, en el marco de la actividad social del Estado, las consecuencias sociales de las situaciones de crisis, buscando la forma de manejar eficientemente planes de este tipo a gran escala, con orientaciones gerenciales apropiadas para ellos.⁴²⁵

Gerenciar los planes es ya un problema técnicamente complicado, que requiere diseños creativos, tanto o más que el requerido para diseñar los planes, y que exige, entre otros aspectos, conocer y aprovechar las experiencias regionales exitosas.

Se busca constituir «democracias activas», con determinados rasgos organizativos, como la transparencia

⁴²⁵ BERNARDO KLIKSBURG , ob cit

absoluta de la gestión pública y el control social de la misma, con mecanismos que garanticen plenamente los derechos de los ciudadanos frente al aparato del Estado, y con canales de intervención o actuación activa de los ciudadanos en la actividad estatal.

Los viejos paradigmas retroceden ante los inicios del desarrollo de otros nuevos, se abren paso nuevas categorías de análisis; metodologías, modelos, principios y formas de encarar múltiples problemas de gestión y todo ello, sin perder de vista los principios liminares que rigen el procedimiento administrativo que son base teórica normativa y razón de ser del derecho administrativo .

En el paradigma nuevo se ponen de relieve problemas como el establecimiento de mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública, la creación de una estructura de apoyo que permita, entre otros, mejorar los procesos de elaboración de las políticas económicas para incorporar la actividad social a cargo del Estado que impone la realidad, incluso desarrollo de sistemas de información que permitan hacer visible el impacto de los cambios en los planes y en la definición de aspectos estratégicos.

Las fuentes de la eficiencia gerencial no se hallan, pues, como revelan las investigaciones referidas y otras semejantes, ni en el buen planteamiento formal, ni en el respeto a los principios tradicionales de administración. Se conectan mucho más con

variables múltiples de tipo políticas, sociológicas, culturales, etc., entre las que resaltan aspectos como los juegos de poder⁴²⁶.

Afirma el Dr. Kliksberg que el modelo Weberiano en el que está inspirado nuestra burocracia, sin duda era absolutamente pertinente para describir el ejército prusiano y los logros del mismo, pero hoy para obtener eficiencia organizacional, se requiere un tipo de organización que es casi opuesta a esa.

La teoría gerencial moderna ve a la organización del futuro como una organización que será eficiente en la medida en que por lo menos algunos rasgos centrales sean cultivados sistemáticamente. Un rasgo es este mencionado de la *flexibilidad organizacional*, la capacidad de adaptación rápida al contexto.

Hoy en día se plantea trabajar sobre modelos organizacionales abiertos que dejan ámbitos amplios de superposición para dar posibilidad al buen funcionamiento de proyectos interinstitucionales y a la capacidad de reestructuración rápida frente a los cambios en la realidad.

Para decidir hoy, frente al nivel de complejidad de una situación contextual en donde el sistema económico internacional

⁴²⁶ El tema se trata en detalle en B. Kliksberg (1985): *El pensamiento organizativo del taylorismo a la teoría de la organización*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 10." ed.; y en *La racionalidad irracional de la burocracia* (1976); incluido en B. Kliksberg (comp.) M. Crozier, G. Friedmann, Paul Fraisse y otros, *Cuestionando en administración*, Paidós.

se ha convertido virtualmente en una unidad, es necesario disponer de sistemas de información en tiempo real, que produzcan, no información masiva, sino la estrictamente estratégica para la toma de decisiones, que generen un abanico de alternativas pertinentes, que con precisión orienten probabilidades o posibles implicaciones derivadas de las diferentes alternativas de solución y de la política a implementar . Que permita construir escenarios para diseñar los planes y visualizar el impacto de los cambios en alguna de las condiciones o alternativas.

Está muy evidenciado⁴²⁷ que el contacto directo con la ciudadanía y con burocracias mucho más reducidas de parte de los directivos del aparato estatal, permite obtener niveles de eficiencia mucho mayores.

La descentralización hacia los gobiernos locales permite ver claramente cuáles son las demandas fundamentales, negociar bien su relación con los pequeños aparatos burocráticos y producir muchos hechos en un período corto de tiempo; un nuevo perfil organizacional significa el replanteo del modelo de relaciones con la ciudadanía.

Las directrices serían otras, muy distintas: la transparencia, el control de la gestión pública por parte de la ciudadanía en forma

⁴²⁷ A nivel de la experiencia comparada en países democráticos, como es el caso de España.

activa; canales de participación ciudadana y la configuración de un aparato que esté abierto y en interacción constante con la ciudadanía; un Estado Eficaz tiene que practicar un modelo organizacional, casi opuesto al modelo organizacional, planteado a través de los esquemas conceptuales de tipo weberiano.

Hoy los Municipios y/o Provincias tienen la responsabilidad de hacer operativos los programas con acciones concretas. Les corresponde designar responsables de cada Programa, tanto de la ejecución como de la evaluación, quienes serán los encargados básicamente de:

- *Asignar los recursos a los beneficiarios.*
- *Evaluar el cumplimiento de las metas previstas en el Plan; la ejecución del programas y la aplicación del presupuesto;*
- *Comprobar la legalidad y evaluar los resultados del programa, con relación a la eficacia y eficiencia de la administración presupuestaria, financiera y patrimonial, así como sobre la aplicación de recursos públicos.*⁴²⁸

⁴²⁸ Extraído de mi libro ***Cuentas Claras -Instrumentos para una administración eficiente de los recursos financieros estatales*** – que publiqué en mi paso por la función pública, con el objetivo de brindar una guía a todos aquellos que ejecutan procesos administrativos habituales de gestión y procesos especiales de solicitud y aplicación de recursos federales, ya sea en el ámbito provincial o municipal.

En este marco es estratégico definir cómo mejorar la eficiencia –en términos de costos- y la Eficacia –en términos de cumplimiento de metas -, del Estado y en línea con esa problemática aparece el tema de la gerencia pública, y cuáles son las capacidades y características necesarias para lograr la eficiencia deseable para el Estado.

El contexto complejo, en el que desenvuelve su tarea el directivo público, centrada en otras épocas en decisiones de rutina, es hoy, la habilidad para adoptar decisiones estratégicas, donde se están tomando decisiones frente a problemas y alternativas que varían continuamente en su estructura, en sus contenidos y en su contexto .

El gerente público, destinado a cumplir funciones estratégicas en esas estructuras, debe ser un agente de cambio llevando a cabo reorganizaciones enfocadas a la descentralización.

Descentralización que resulte una herramienta idónea para reducir a dimensiones de control los ámbitos de organizacionales; para acercar los servicios; para facilitar un ajuste continuo a las realidades y necesidades, para crear condiciones propicias para lograr la capilaridad necesaria que haga posible de participación de la ciudadanía.

Es usual razonar el problema de la gerencia pública en América Latina reduciendo la cuestión a una antinomia entre políticos y técnicos. La realidad demuestra ser más compleja.

Resulta claramente necesario que los cargos sean ocupados por personas con las calificaciones técnicas apropiadas, pero cuando se atraviesan problemas históricos graves es prioritario que existan niveles de conducción públicos políticamente comprometidos con el proyecto nacional.⁴²⁹

Tradicionalmente, o cuanto menos hasta la crisis iniciada, en el año 2008, a nivel internacional, *“la preocupación predominante en las economías desarrolladas sigue un camino totalmente diferente. Está centrada actualmente en cómo los líderes políticos elegidos por el pueblo para sus cargos de representación pueden efectivamente fijar sus directivas a la burocracia y evitar las tendencias en curso en diferentes países, donde los altos niveles burocráticos han alcanzado un poder que excede totalmente a sus*

⁴²⁹ Bernardo KLIKSBURG, ob cit. La investigación comparada aporta numerosos datos en esa dirección. Un estudio de la ONU en diversos países del Tercer Mundo dedicado al tema, luego de verificar que la presencia política en los altos cargos es una constante se plantea si no será mejor que lamentarse sobre esa situación declarándola a priori indeseable, pasar a indagar las causas profundas que determinan su constancia y fortaleza. Al hacerlo, aparece con toda fuerza la referida necesidad de contar con mandos comprometidos seriamente con las grandes prioridades nacionales que es propia de países que luchan por su autodeterminación, desarrollo y la estabilización del sistema político democrático.

funciones, e invade claramente los ámbitos de poder legítimo del liderazgo político⁴³⁰.

La antinomia usual, entre políticos y técnicos, constituye en tiempos de crisis una “trampa paralizante” y para superarla, hace falta una integración equilibrada entre ambos saberes ya que una gerencia social eficiente aparece como una condición de viabilidad fundamental para diseñar y ejecutar políticas públicas de excelencia.

5.3 - INSTRUMENTOS DE MONITOREO Y CONTROL: INDICADORES

Contar con un sistema de Indicadores, es lo que permite no solo medir el grado de avance o cumplimiento de un plan, sino

⁴³⁰ Una investigación efectuada por una Comisión Parlamentaria creada por la Cámara de los Comunes del Canadá llegó a la conclusión de que había definidas tendencias a que el poder estuviera concentrado en una «potente maquinaria burocrática que no debía dar cuenta a la población» y sugirió medidas para reforzar el poder político sobre ella (Pierre Van Der Dookth). Krister Stahlberg en un examen de las tendencias hacia la politización de la Administración pública en el mundo desarrollado («The Politization of Public Administration», Revista Internacional de Ciencias Administrativas, Volume 53 (3): 363- 01 de septiembre 1987), destaca que *«los políticos son frecuentemente escépticos acerca de la habilidad y voluntad de la administración para seguir las señales políticas»*.

también interpretar los resultados y validarlos o confrontarlos con los objetivos estratégicos del programa fijado.

Con cada indicador, es necesario construir fichas metodológicas que permitan conocer con exactitud las características de cada programa, definiendo con claridad sus alcances, ámbito de aplicación, limitaciones, la fórmula o ecuación diseñada para y unidad de medida o dimensión de la problemática asignada.

Es una herramienta de gestión, que permite el seguimiento preciso para asegurar el cumplimiento de los objetivos estratégicos y visualizar resultados esperados y no esperados para poder aplicar sobre ellos acciones y medidas correctivas oportunas, en lo posible concomitantes con las ejecución de los planes, programas o proyectos en ejecución.

El modelo socioecológico de la CEPAL considera que el *Desarrollo Sostenible*⁴³¹ es multidimensional, por lo que su evaluación también requiere de múltiples aproximaciones (Gallopín, 2006). Realizar estas aproximaciones requiere de mediciones continuas sostenidas en un plazo de tiempo

⁴³¹ Se utilizó por primera vez como definición en el “Informe Brundtland” o “Nuestro futuro Común”, documento de síntesis de la CMMAD (Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo), realizada en Estocolmo en 1987, que define la estrategia del PNUMA (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente). La definición formal es “*El desarrollo sostenible es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.*”

significativo para que confirme cambios o tendencias que en el corto plazo sólo podemos vislumbrar para arribar a conclusiones válidas en los distintos ámbitos relacionados con el sanamiento ambiental.

Es por todo esto que, a partir de una serie de elementos mínimos, se puede realizar un análisis a nivel de cada indicador y conocer la tendencia del mismo. El Sistema funciona como un todo y requiere para medir el grado de impacto de la gestión, de su uso continuado en el tiempo, así como también en las campañas de toma de datos; en la construcción de series temporales; en las líneas de base determinadas y en las metodologías de análisis específicas.

Se requiere entonces contar con una batería de indicadores elegidos convenientemente por cada línea de acción en función de criterios de disponibilidad, conveniencia técnica y vinculación con otros elementos del Sistema, como un todo.

Además de indicadores complementarios, que brinden información adicional para comprender en forma integral la realidad del tema objeto de monitoreo.

En este sentido, el grupo de Investigación en Gobierno Administración y Políticas Públicas (GIGAPP), esta proponiendo en sus foros, el abordaje de los distintos aspectos vinculados a las Políticas Públicas con un marcado interés por el estudio de la elaboración , ejecución y evaluación de las mismas y del análisis

de las estructuras bajo las cuales interactúan los actores públicos y privados .⁴³²

El esquema requiere, para funcionar como un todo sistema integrado, de papeles de trabajo, fichas metodológicas y responsables de construcción y análisis de resultados en cada caso, un cronograma de publicación y actualización, y un esquema de revisión y mejora continua a través de la opinión de expertos especialistas en la materia y revisiones anuales por el organo de Gestión que le haya sido asignada esa tarea.

El estado de situación y la evolución, es la que posibilita que los responsables especialistas en cada caso puedan interpretar estos resultados y las actividades dentro de cada línea de acción.

Y el análisis en sí tiene una metodología específica sustentada en criterios técnicos y estadísticos, que pueden diferir

⁴³² Aplicando el Esquema de “Coaliciones Promotoras”, desarrolladas por Sabatier y Jenkins-Smith, los Dres. Maria Esther del Campo García y Manuel Sánchez Reinón en su Ponencia en el II Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas (GIGAPP) , evaluaron los indicadores de resultados de la política pública en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) en particular las relativas a la estructura interna multinivel de las redes de actores de la Política y concluyeron destacando la importancia y la necesidad de tener en cuenta, a la hora de evaluar los posibles impactos de la política pública, las modificaciones que pueden introducir en los resultados de la misma las redes de “coaliciones promotoras” no presentes al momento fundacional de la política pública. Ponencia: *“Procesos de cambio en los subsistemas multinivel de políticas públicas de atención a la dependencia en España. Una aproximación desde el enfoque de “coaliciones promotoras”*. Madrid 11 de julio de 2011, consultada en www.gigapp.org

en cada caso según sea las características del indicador del que se trate.

Una condición necesaria en el proceso de formulación y construcción de mecanismos de control en un sistema, es poder contar tanto con objetivos, claros, precisos, cuantificados, como con el conjunto de las actividades claves que se emplearán para lograr los objetivos propuestos. Sin esta definición no es posible conocer el punto de llegada, ni las características del resultado que se espera. Se entiende por cuantificar un objetivo, a la acción de asociarle al objetivo o meta previsto, patrones que permitan hacerlos verificables.

Es importante remarcar que para la realización de la auditoría como examen de la información exclusivamente financiera no se requiere que la organización estatal tenga objetivos. La auditoría financiera se limita al examen exclusivo de los estados financieros.

Pero cuando hablamos de auditoría de gestión implica el contexto de los objetivos y políticas definidos en la planificación estratégica y los criterios relevantes para enjuiciar los resultados y las acciones que se han desarrollado. Así la auditoría de gestión mejora el desempeño de la organización estatal – de las Administraciones públicas -, pues obliga a tener objetivos y estrategias previamente fijadas. Sin objetivos concretos, y

definido en el diseño del Programa y en su instrumentación legal, no existe posibilidad de realizar auditoría de gestión.

El nuevo paradigma en gestión pública expresa la demanda creciente de la participación ciudadana en la cuestión pública. El afianzamiento de la sociedad civil requiere de una mayor inserción de sus ciudadanos en el quehacer gubernamental. La incidencia de las acciones del Estado sobre la sociedad es demasiado importante como para dejar su control sólo en manos de los funcionarios, sean estos de cualquier naturaleza política o burocrática. Nunca más valida la expresión *“el hombre es bueno, pero si se lo controla es mejor”*.

Y con respecto a la auditoría de resultados, entonces, es fundamental definir cuál es la materia controlable. Definir el sistema de control implica su articulación con el sistema de producción de los bienes públicos cuyo objetivo común es precisamente demostrar resultados. Así contaremos con dos sistemas:

- Un sistema de control responsable de auditar, fiscalizar entre otros aspectos los resultados, entendidos éstos como la producción pública final que satisface necesidades colectivas.
- Un sistema de control responsable de auditar el buen uso de los recursos y de los procesos de transformación.

Con su interrelación auditando los resultados públicos⁴³³, los sistemas de administración y de control se sinergizan mutuamente en la medida que los sistemas tengan determinados atributos o propiedades teóricas convalidados por una determinada realidad en un tiempo y en un espacio. La sinergia entre ambos potenciará la obtención de mejores resultados y reducirá al mínimo las dificultades e inconvenientes en su evaluación.

Una definición de los indicadores, los reconoce como instrumentos de monitoreo y observación de un sistema, que se construyen a partir de la evaluación y relación de variables de dicho Sistema.

⁴³³ ARIÑO ORTIZ, ob cit pág. 70 dice “Un poder de control por el Estado, es garantía de la legalidad de las actuaciones y de una ordenada y diligente gestión” y aclara:” *Respecto al elemento de tutela o poder de control, la doctrina lo suele entender como un elemento esencial de la descentralización administrativa, ..elemento constitutivo del sistema, inherente a su esencia” en el sentido de que si éste no se diese estaríamos, no ya ante una descentralización administrativa, sino ante algo más, ante un .. plus» con relación a aquélla: sería como un ejercicio parcial de la soberanía. Ahora bien, conviene advertir que esto es cierto si se considera el ente globalmente, en sí mismo y en su actuación total (un ente público sin relación alguna de subordinación al Estado supondría un desmembramiento de la soberanía), pero si consideramos sus actos aisladamente este control del Estado no tiene por qué pertenecer a la Administración Central (Gobierno, poder ejecutivo), sino que puede ser atribuido a los órganos jurisdiccionales (Tribunales), como ocurre de hecho en muchos supuestos. No es cierto, por tanto, que la tutela o control constituya algo esencial a la descentralización: Cfr. EISENMANN, CH., Cours... , páginas 133 a 135 y 148-149. En cualquier caso, el alcance y extensión de los poderes de control constituyen verdaderamente la piedra de toque del sistema. y es preciso delimitarlos exactamente para poder calificar o no a una Administración como descentralizada.”*

Los indicadores son ante todo información, utilizada por los mecanismos de control para monitorear y ajustar las acciones que un determinado sistema, subsistema, o proceso, emprende para alcanzar el cumplimiento de su misión, sus objetivos y sus metas.

Los podemos clasificar de acuerdo con el mecanismo de control para el cual obtienen información del sistema. Así los indicadores pueden ser de *eficiencia*, si se enfocan en el control de los recursos o las entradas del sistema; de *eficacia*, si se enfocan en el control de los resultados del sistema.

La esquematización de los indicadores, será siempre acorde con su naturaleza.

Los *indicadores de eficiencia* son aquellos que evalúan la relación entre los recursos y su grado de aprovechamiento por parte de los procesos o actividades del sistema. Ejemplo: cumplimiento de la programación establecida, nivel de desperdicio, etc.

Los *indicadores de eficacia* son aquellos que evalúan la relación entre la ejecución del programa y el resultado esperado. Estos indicadores, están relacionados con los *ratios* que nos indican capacidad o acierto en la consecución de tareas y/o trabajos. Nos permite dimensionar el cumplimiento de las metas fijadas. Ejemplo: indicadores de calidad; de satisfacción, etc.

Los *indicadores de efectividad* son los que surgen de evaluar los resultados en eficiencia y eficacia.

Los factores claves, internos y externos, que integran el diseño de las políticas públicas deben ser identificados y reconocidos porque soportan o amenazan el logro de los objetivos.

Requieren de atención especial porque pueden ser positivos o negativos en su impacto. Una vez identificados se deben establecer, para cada uno de ellos, los indicadores que servirán como mecanismo de monitoreo y control.

Para poder definir cada indicador debemos partir de la identificación del tipo de control que se desea realizar sobre el factor identificado como clave, de esta manera se establece la naturaleza y tipo de indicador a construir.

Conociendo la naturaleza del indicador, es cuando se está en condiciones de contextualizar las variables que requieren ser evaluadas con periodicidad para dar precisión y contenido al indicador.

En el proceso de cálculo de cada indicador es necesario determinar no solo las fuentes de información y sus procesos asociados sino también, la frecuencia de la medición de las distintas variables, el análisis y la presentación de la información, y los procesos colectores de información.

Si no se ha alcanzado un grado de madurez suficiente en los circuitos, procesos y procedimientos definidos como aplicables, ello impacta sobre la interpretación y alcance real de los valores medidos.

El proceso de elaboración de cada paso del esquema propuesto para la definición de indicadores de gestión de un sistema o de una política pública, requiere contar con objetivos y planes que definan y faciliten la identificación de los factores claves; esto involucra:

- Control en el cumplimiento de especificaciones.**
- Control en el detalle de la especificación.**
- Eficiencia en la evaluación de las especificaciones.**
- Evaluación y aseguramiento en el cumplimiento de las especificaciones o variables a considerar.**
- Vinculación efectiva y coherente del esquema en su conjunto para que el proceso de información y comunicación permita la identificación de los factores claves.**

Como ya señalé, para cada factor clave de éxito se define el tipo de indicador de acuerdo con la naturaleza de control más apropiada y una vez tenida en cuenta una condición, el indicador se construye a partir de los atributos que controla.

En todo momento es conveniente evaluar la eficiencia y eficacia del proceso y en especial determinar, para cada indicador, el estado, el umbral y el rango de gestión, que se establecen tomando como referencia el objetivo o meta a alcanzar.

La doctrina ha logrado, a partir de la aplicación del enfoque de sistemas, y de los conceptos de control de la teoría cibernética, articular una propuesta metodológica que contribuye a resolver el problema que deben enfrentar las organizaciones cuando pretenden definir y construir indicadores efectivos de gestión para el monitoreo y control de las acciones estratégicas emprendidas en procura de alcanzar los objetivos definidos en las políticas públicas.

La virtualidad de los esquemas metodológicos de indicadores de gestión es facilitar, ordenar y sistematizar este proceso de formulación y construcción de los indicadores de gestión, teniendo como objetivo la búsqueda de eficiencia y eficacia en las acciones enmarcadas en las políticas públicas o bien aportar al rediseño de las mismas cuando se apartan de los objetivos.

Así, los indicadores son una herramienta útil al momento de tomar las medidas correctivas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de los objetivos de corto, mediano y largo plazo. La interpretación de estos resultados es efectuada por los responsables en cada caso, mediante distintos documentos, y

mediante informes de avances de gestión y de mejoramiento continuo.

Las razones que motivan la adopción de un determinado método surge de los resultados obtenidos de un análisis comparativo realizado entre los diversos sistemas de información utilizados a nivel internacional por organismos públicos y privados, sus metodologías y sistemas de indicadores, como así también un análisis de situación donde el modelo por ejemplo de CEPAL (Proyecto ESALC - Evaluación de la Sostenibilidad en América Latina y el Caribe)⁴³⁴, resulta ser el “sistema” que mejor se ajusta a la realidad y escala por su adaptabilidad, idoneidad para medir los objetivos e integralidad. En el caso del modelo CEPAL, es además compatible con el Sistema de Indicadores de Desarrollo Sostenible (SIDSA) que es el sistema oficial a nivel internacional.

Las ventajas, del modelo conceptual de la CEPAL, que motivaron su adopción, son las siguientes :

- ✓ Se aplica a diferentes escalas: nacional, provincial, regional, local.
- ✓ Permite establecer tendencias en el tiempo.

⁴³⁴ V. EL PROYECTO “EVALUACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE” (ESALC) Gilberto C. Gallopín- División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos (CEPAL) *Taller Nacional en Indicadores de Desarrollo Sostenible Ministerio de Salud, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable Buenos Aires, 14 de julio de 2004* (www.2medioambiente.gov.ar)

- ✓ **Permite identificar interrelaciones críticas o conflictivas.**
- ✓ **Aporta indicadores de eslabonamientos entre variables, subsistemas y sistemas.**
- ✓ **Cuenta con fichas técnicas metodológicas muy claras y estandarizadas.**
- ✓ **Es un Sistema gráfico de fácil comunicación.**
- ✓ **Es un Sistema de fácil comunicación y comprensión.**
- ✓ **Herramienta útil para establecer políticas públicas integradas.**
- ✓ **Permite su adaptación a proyectos o planes específicos sectoriales.**

Entre las diversas razones para desestimar el uso de otros modelos, están: alcances sectorizados, debilidad o inexistencia en la conexión entre distintos aspectos o ejes; imposibilidad de construcción debido a falta de datos específicos; dificultad de interpretación y/o comunicación.

Pasando revista a algunos de los Sistemas de IDS (Indicadores de Desarrollo Sostenible) comparados, citamos:

OCDE: Utiliza el marco conceptual conocido como PER (presión – estado – respuesta), se centra en aspectos ambientales con débil estudio de condiciones sociales y de infraestructura. No establece interrelaciones y simplifica las relaciones sociedad-naturaleza a un modelo lineal causa-efecto.

NACIONES UNIDAS (CDSNU, 1996): En el marco conceptual PER. No profundiza en la relación entre objetivos, plantea un número

inmanejable de indicadores, de difícil construcción en países en desarrollo, y su clasificación es ambigua.

OMS: Compara distintas ciudades en distintos países del mundo. Sólo relaciona variables referidas al aspecto sanitario y acceso a alimentos. No considera factores que influyen en la desigualdad, por ejemplo.

BANCO MUNDIAL: Utiliza índices compuestos, con diversas variables valorizadas monetariamente. Si bien puede ser fácil de construir si se poseen datos, sus metodologías de evaluación son muy discutidas, no considera aspectos sociales y no identifica relaciones entre componentes.⁴³⁵

A los efectos de convalidar cualquier Sistema que se adopte como válido y aplicable sobre un Programa, es siempre conveniente validarlo mediante la realización de a) auditorías técnicas donde se recabe la opinión de expertos, necesaria para conformar el Sistema de Indicadores; y b) consultas complementarias a expertos de reconocida trayectoria internacional en el trabajo de indicadores.

A efectos de sistematizar estos procesos de auditorías técnicas se debe incluir dentro del esquema de monitoreo y

⁴³⁵ Otros Sistemas IDS se utilizan en pequeña escala y se circunscriben a temáticas particulares. Es el caso de la propuesta de CIAT-BM-PNUMA, el modelo AEMA adaptado o el Programa Hábitat Naciones Unidas (UNCHS/HÁBITAT, 1997).

mejora del Sistema de Indicadores un procedimiento para revisión del Sistema en forma anual.

Un aspecto crítico en la definición de indicadores a implementar, es el acceso a la información primaria, así como para analizar su evolución en el tiempo, ya que los mismos requieren preferentemente de series cronológicas para indicar tendencias.

Por su parte, los aspectos sustantivos vinculados por ejemplo con el medio ambiente requieren de estudios complejos, ciclos de medición de largo plazo para la evaluación del comportamiento y variabilidad de los fenómenos, y costos que dificultan la posibilidad de reiterarlos con frecuencia, si no existe una política con una orientación sostenida. Asimismo, en muchas ocasiones y teniendo en cuenta la complejidad de la temática medioambiental y las variables que inciden en ella , se requiere previamente de la instalación de la infraestructura y de equipamiento que permita generar las mediciones necesarias para la construcción de indicadores.

En algunos casos existe posibilidad de identificar fuentes generadoras de información adicional para nutrir el proceso de aplicación de una política pública, es requisito establecer los mecanismos necesarios para generar nueva información requerida con los fines específicos de controlar la calidad de los datos suministrados.

Y aquí surge como aspecto a considerar, el del control de la calidad de los datos, ya que una mala calidad conduce a una falsa realidad de la situación que quiere medir y controlar.

Los motivos señalados constituyen los aspectos sustanciales que explican que se requiera de tiempo para definir dentro del modelo conceptual mencionado, indicadores específicos ajustados a la realidad de cada Proyecto o Política Pública.

Los criterios utilizados deben estar relacionados con el momento en que se encuentra el Sistema de Indicadores, entendiendo así que es posible determinar dos instancias de distintas características: un contexto inicial y un contexto ideal u óptimo , con todos los elementos necesarios para proceder a un estudio pormenorizado de los indicadores dentro del Sistema y del modelo como un todo.

Por lo antedicho, respecto a la adopción de un modelo conceptual que represente la realidad, y a la formulación de un Sistema de Indicadores vinculado al mismo para permitir el seguimiento y monitoreo de las variables que expliquen su evolución, se utilizan elementos que permiten conocer el impacto de las medidas ejecutadas mediante :

a) Una línea de base o condición inicial;

- b) Conocer la capacidad propia del proceso para determinar objetivos para el indicador según las políticas y medidas que se están aplicando;**
- c) Estándares o patrones propios para el ámbito de aplicación de la política pública objeto de estudio;**
- d) Una serie de datos que permita el estudio de variabilidad o ciclos según la naturaleza del indicador.**

A partir de estos elementos es posible identificar mediante metodologías y criterios estadísticos y de análisis de datos, y por comparación contra línea de base, objetivos y/o estándares, cual es el cambio ocurrido o el impacto producido y establecer una medida cuantitativa del mismo; como también redefinir políticas, acciones correctivas y definir nuevos escenarios de planificación en cada caso, lo cual es un elemento fundamental para seguimiento y consecución de resultados de cualquier proyecto, plan o política.

En este contexto, una primer etapa requiere transitar un proceso de selección de indicadores, al igual que para constituir un punto de inicio o línea de base, y nutrirse de elementos que permitan conocer el avance en las líneas de acción. Ej: Auditorías técnicas y consultas a expertos.

En todas estas instancias es importante recibir opiniones y recomendaciones a contemplar para el rediseño y mejora del Sistema de Indicadores, como así también para conocer el

impacto de acciones concretadas o planificadas, en todas sus dimensiones, se trate de externalidades positivas o negativas .

Estos elementos brindan información sobre el avance de las políticas implementadas, como así también, en función de necesidades crecientes de información y actualización de conocimientos sobre el programa y su contexto, se generan en el marco de las investigaciones, estudios y monitoreos :

- **Nuevos indicadores que sea pertinente incorporar o;**
- **Indicadores a reemplazar por otros que demuestren tener mayor representatividad o sensibilidad que los seleccionados en esta primera etapa.**
- **Nuevas conclusiones sobre el estado general de la Política Pública en cuestión.**

Hay estudios de auditores⁴³⁶ que recomiendan algunas normas para la elaboración de unidades de medidas de resultados:

- ***Normas establecidas por una ley, reglamento o contrato.***

En buena parte de las normas jurídicas se establecen indicadores de obligación legal inexcusable como son, a modo de ejemplo, las especificaciones en alguna norma ambiental respecto a índices tolerables de contaminación.

⁴³⁶ Price Waterhouse auditores, elaboró una guía sobre Evaluación del Rendimiento Operativo. V. Edward, J. Haller , Richard E. Brown y Robert L. Clements, *La evaluación del rendimiento operativo: Cómo establecer y administrar una auditoría integral* -Price Waterhouse Auditores (Madrid- 1985).

- ***Metas de la administración que definen normas.***

Suele ser habitual la determinación de metas propia fijadas por el responsable. En general definen unidades de medidas muy prudentes de posible cumplimiento sin comprometerse a un proceso de cambio que obtenga mejores resultados con iguales recursos. En general la crisis se produce – y será la hora de la verdad de un administrador en mostrar su voluntad de cambio - cuando se recortan recursos pero no se reduce el compromiso de las metas a lograr.

- ***Normas desarrolladas en base a estadísticas.***

En función de la información pública o privada sobre acontecimientos pasados se pueden establecer unidades de medidas. En estos casos se debe advertir que generalmente pueden tratarse de promedios entre distintas organizaciones o derivarse de experiencias de distintas escalas de producción, posibilidades tecnologías diferentes, recursos asignados en mayor o menor nivel, cuando no devenidas de identidades culturales muy disímiles. Ya señalamos oportunamente los inconvenientes en imitar -bajo la técnica del benchmarking- experiencias ajenas a la realidad en consideración.

- ***Normas basadas en el rendimiento de un grupo testigo.***

A través de un grupo comparable – evitando los inconvenientes de las normas anteriores – se coteja y evalúa la posibilidad de su aplicación en el programa en análisis.

- ***Normas basadas en comparaciones históricas.***

Comparando los resultados anteriores en relación a los resultados actuales. Tiene los mismos inconvenientes de la norma anterior, por lo que Price aconseja – y aun así con restricciones – su comparación con resultados anteriores del mismo organismo.

5.4 - RENDICIÓN DE CUENTAS Y ACCESO A LA INFORMACIÓN.

La rendición de cuentas es un aspecto fundamental para la gobernabilidad de los países (entendida ésta como la capacidad de los gobiernos para usar eficazmente los recursos públicos en la satisfacción de las necesidades comunes), y constituye un principio de la vida pública, mediante el cual, los funcionarios depositarios de la voluntad del pueblo están obligados a informar, justificar y responsabilizarse públicamente por sus actuaciones. Se constituye por mecanismos políticos, sociales y jurídicos de control vinculados en forma de redes de intercambio”.⁴³⁷

Y desde la óptica del ciudadano, se sustenta en el derecho a la libre expresión y asociación como derechos humanos básicos

⁴³⁷ Así la definió La XIX Asamblea General de la OLACEFS (Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores) reunida en Asunción, Paraguay, octubre del año 2009.

que permiten que los ciudadanos se organicen, y defiendan sus intereses frente a la Administración.

Por un lado el ciudadano, debe contar con elementos que le permitan conocer y evaluar las acciones de gobierno, necesaria para la credibilidad y legitimidad de órganos gubernamentales y por otro lado, los funcionarios que se desenvuelven en el ámbito público, tiene la obligación de informar a la sociedad acerca de sus acciones y decisiones y deben afrontar la responsabilidad sobre las mismas.

Esta situación, impone a la Administración el mejoramiento continuo de los mecanismos de consulta y diálogo, no solamente proporcionando información, sino facilitando las oportunidades para que la sociedad participe activamente en la formulación de las políticas públicas.

Una política pública es transparente si está disponible la información en torno a su formulación, diagnóstico y ejecución, si es comprensible por los ciudadanos y si reconocen el papel que les cabe desempeñar en ella. Si bien se puede alegar que la transparencia puede demorar los tiempos de ejecución de la política pública, en algunas áreas de mayor interés para los ciudadanos, por los tiempos que conlleva implementar mecanismos de consulta y participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones, siempre es preferible dar la mayor

transparencia posible, atendiendo tanto a valores de justicia y equidad en la aplicación de recursos públicos.

En la rendición de cuentas están presentes como elementos centrales: el control y la fiscalización de los recursos públicos. La fiscalización es el proceso mediante el cual se verifica el uso o asignación de los recursos (ya sean económicos, materiales o humanos), y se evalúan las acciones de gobierno considerando su racionalidad y apego a la ley. Implica también una revisión de la eficiencia del proceso de planificación, diseño y ejecución de las políticas públicas.

El control es un componente importante de la fiscalización, y existen diversos dispositivos de control en todos los sistemas que contemple la división de poderes.

El control interno debe ser siempre preventivo, y se refiere a la detección y corrección de fallas hacia el interior de la misma organización administrativa, es en sistemas de control como el Argentino⁴³⁸, de tipo contributivo y concomitante con la gestión.⁴³⁹

El control externo – a diferencia del interno- , debe ejercerlo una dependencia ajena, y es posterior al desempeño, basado inicialmente en reportes e informes facilitados por la organización

⁴³⁸ LEY 24.156 de ADMINISTRACION FINANCIERA Y DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DEL SECTOR PUBLICO NACIONAL.

⁴³⁹ En Argentina lo ejerce la Sindicatura General de la Nación, órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional –Titulo VI ley 24.156..

a fiscalizar , por el órgano de control interno⁴⁴⁰, o surgido de insumos propios a partir de desarrollar tareas de auditoría.

Un adecuado marco legal que regule la transparencia y la rendición de cuentas permite transparentar la gestión pública, dar acceso a los ciudadanos a la información sobre el funcionamiento y los resultados de la gestión de gobierno, fortalecer la confianza en las instituciones, y sienta las bases para una buena gobernanza, donde la ciudadanía se comprometa con el control social, tan necesario para el rediseño de las acciones de gobierno y de las políticas públicas.

La falta de transparencia es riesgo cierto de abuso de poder y corrupción, y facilita la discrecionalidad de quién restringe, limita o distorsiona el acceso a información. La transparencia implica que la información pueda ser consultada en cualquier tiempo , y sea íntegra, es decir que contenga todos los hechos y datos relevantes, y que además sea confiable y permita, como ya señale, tanto una contribución al diseño de políticas públicas como a dar certidumbre y confianza.

Mucho se ha hablado sobre el valor de la confianza pública de los gobernados en los gobernantes, en especial sobre el nivel ético de la vida política⁴⁴¹, y sobre el valor de la ética⁴⁴².

⁴⁴⁰ La Auditoría General de la Nación, es el ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional, conforme T VII –Capítulo I ley 24.156.

Teniendo presente que son los derechos fundamentales de los ciudadanos, los verdaderos “*fundamentos del orden político y de la paz social*”, como bien establece el art. 10.1 de la CE, la visión sobre la que cabe analizar la pérdida de confianza es a partir de la incapacidad de las acciones de gobierno para optimizar la satisfacción de necesidades de las personas y la correlativa incapacidad de los ciudadanos, para organizar formas de control social y de análisis de la conducta pública que mejore los procesos de integración social, y donde los derechos fundamentales dejen de ser principios abstractos y se afiancen en el tejido social como realidades concretas.

⁴⁴¹ Sobre el tema el informe Nolan, elevado al Parlamento de Gran Bretaña en mayo de 1995, aborda de manera sistemática dos temas vinculados a la democracia actual: la partidocracia y la corrupción política. estableciendo principios y criterios con valor referencial para abordar el tratamiento de la conducta en la vida pública. Ellos son: el desinterés, la capacidad de asumir el interés público como objetivo de la actuación personal, la integridad, la objetividad, la responsabilidad, la transparencia y la capacidad de decisión.

⁴⁴² Señalé en la editorial de la Revista Anuario de Fonres, diciembre 2011 que: *“Se reconoce la ética en el Estado, cuando se llevan adelante políticas públicas que priorizan a la gente; se reconoce la ética en la Sociedad cuando surge la idea de emprendedurismo, de cooperativismo, de voluntariado, cuando la sociedad civil organizada con consumidores responsables, presionan por rendición de cuentas y por transparencia en las acciones y en la información pública y privada; se reconoce la ética cuando la Empresa Privada pone en sus agendas el compromiso con el entorno en el que desarrollan su actividad, cuando se comprometen con los problemas sociales de las comunidades en donde se asientan sus negocios, cuando no contaminan, cuando respetan al consumidor, cuando los reconocen como ciudadanos activos y movilizadas que tienen la capacidad y las herramientas tecnológicas y de comunicación para exigir que la economía se subordine a los valores éticos que le dan sentido al género humano.”* (“Hacer un Balance” por Alessandra Minnicelli – Revista Anuario Fonres – diciembre 2011- Ed Ikon – Buenos Aires).

Exigirse recíprocamente, gobernantes y gobernados, que las opiniones en general bajo forma de reclamos, recursos, impugnaciones o decisiones sean capaces de ser justificadas, es sin duda base de *consenso efectivo* en la sociedad democrática, que debe lograrse en el interior mismo de la organización administrativa.

Sin desconocer la pertinencia y necesidad de un adecuado control judicial de la actuación administrativa que siempre es posterior, hay que profundizar el abanico de garantías y controles administrativos previos, como requisito de eficiencia y eficacia en especial en lo atinente a las políticas públicas.⁴⁴³

Todo mecanismo que tienda a reducir los márgenes de discrecionalidad aporta, sin duda, valor a la objetividad y a la imparcialidad en la actuación administrativa. Esa objetividad⁴⁴⁴ ya destacada en el art. 103.1 de la CE, (*“la Administración sirve con*

⁴⁴³ Citando a Kelsen el Dr. Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, en su obra “Democracia, Jueces y Control de la Administración”, pág.134, apartado 148 transcribe: “*El destino de la democracia moderna depende en una gran medida de una organización sistemática de todas sus instituciones de control. La democracia sin control no puede durar*”. La Democratie, pág. 72-3.

⁴⁴⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ en la presentación del libro de MAGIDE HERRERO “En límites constitucionales de las administraciones independientes”, trata a las organizaciones administrativas como *prometedor intento de garantizar la objetividad de la actuación de la Administración en el servicio de los intereses generales*. Lo conecta directamente con el mandato del artículo 103.1 de la CE y a su vez con el art 97 CE, como un *reto desde la perspectiva de la legitimación democrática de la actuación administrativa*, por cuanto *el Gobierno dirige la Administración*.

objetividad los intereses generales “) se enarbola desde la doctrina como criterio de conducta para el funcionamiento de los poderes públicos.

Un ejemplo de la necesidad de profundizar sobre este tema surge si reparamos en la técnica legal de los conceptos jurídicos indeterminados. Donde efectivamente la norma establece una prohibición o fija un estándar o patrón de conducta, (que tienen una función delimitadora de potestades) para cuya interpretación se hace necesario desentrañar si el supuesto de hecho en que se funda se ajusta al tipo de concepto definido por la ley y al que se lo ha vinculado con alguna consecuencia jurídica.

Para JORDANO FRAGA⁴⁴⁵, lo más real que existe en el mundo del Derecho, *«el reflejo del derecho vivo, de los problemas y conflictos sociales de cada época»*, *«el verdadero retrato jurídico de Dorian Gray»* sin la cual *«no es posible comprender el ordenamiento»*, ofrece un *«prontuario de lesiones de derechos fundamentales derivadas de la acción de las Administraciones Públicas»*, con la *«tipología de las lesiones abstractas más frecuentes»*; a tal efecto parte del concepto jurisprudencial de lesión y del análisis de sus requisitos genéricos objetivos y subjetivos, ocupándose a continuación, de manera más destacada, de la falta de motivación, que se ha equiparado a la

⁴⁴⁵ Jesús JORDANO FRAGA: “Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos fundamentales”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, 360 págs. último Capítulo –«El proceso de construcción del orden público constitucional»–

falta de un juicio de proporcionalidad, de los actos administrativos que deniegan pretensiones dirigidas a obtener la igualdad en la legalidad.

Puntualiza el autor que se trata de un criterio arbitrario, ya que el artículo 14 de la CE no hace acotaciones subjetivas restrictivas de la igualdad en función de la Administración que aplique la norma, de los actos que violan el derecho fundamental al acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad y de los actos administrativos sancionadores; el examen de la jurisprudencia le lleva a concluir que *«quizá el único criterio horizontal de determinación de lesión establecido y utilizado sea el principio de proporcionalidad⁴⁴⁶ y el deber correlativo de motivación»*.

Desde ese lugar, el autor propugna *«una reconstrucción de la categoría de la nulidad de pleno derecho como garantía para todos los derechos fundamentales»*, incluidos los de la segunda y tercera generación.

Ya no hay casi ninguna manifestación de la vida social que permanezca a cubierto o al margen de la intervención de alguna

⁴⁴⁶ ¿Ponderación o proporcionalidad?, es la pregunta que se formula Francisco VELAZCO CABALLERO- pág. 155 del libro *Ponderación y Derecho Administrativo* ob cit. y sostiene que *ambas categorías jurídicas son de estructura similar: ambas parten de la existencia de un poder decisor sometido a límites: estos están formulados como normas principales y actúan con diversa intensidad en cada caso concreto, en función de los intereses en presencia en cada caso o materia, y por medio de un juicio coste beneficio (un sacrificio o límite cualificado a un principio jurídico concurrente)*.

Administración Pública.⁴⁴⁷ Ese aumento de actividad conlleva mayores riesgos en la Gestión Pública⁴⁴⁸. Como su relación con los ciudadanos y administrados es cada vez más intensa y más extensa, y aumentan proporcionalmente las probabilidades de que se produzca un siniestro como consecuencia o con ocasión del funcionamiento de las Administraciones Públicas o como consecuencia de su inactividad.⁴⁴⁹

La responsabilidad puede tener su origen tanto en la actividad como la inactividad, este último supuesto ocurre cuando la Ley impone a la Administración el ejercicio de la potestad, y pese al carácter imperativo el Gobierno no ejerce dicha potestad.

A los efectos de fundar una responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión de una reglamentación que se reputa debida, *no sólo ha de concretarse un mandato legal que contenga un deber positivo para la Administración Pública, sino que también es preciso que tal deber resulte establecido en forma precisa.*⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ David BLANQUER “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas” ob cit.

⁴⁴⁸ Que aquí se utiliza como sinónimo de Administración Pública.

⁴⁴⁹ BLANQUER “*La responsabilidad*ob cit pág.20.

⁴⁵⁰ Ob cit.

En el planteo de la responsabilidad de la administración pública, a la que me referí en el capítulo específico, a la exigencia de una ley que contenga los presupuestos mínimos, habría que complementarla con la fijación de *estándares o patrones de funcionamiento exigibles* tanto en el procedimiento administrativo ⁴⁵¹ como en la instrumentación normativa de una política pública, de esa forma si hay incumplimiento injustificado o exceso en los patrones o márgenes de actuación exigibles, habrá correlativa atribución de responsabilidad.

El estándar o patrón de eficacia exigible debería ser fijado en cada caso concreto por la propia Administración al resolver la correspondiente reclamación de resarcimiento de daños.

Mediante la fijación normativa de los estándares o patrones de eficacia se eliminan los márgenes de subjetividad en la apreciación y se satisfacen las exigencias de seguridad jurídica que impone el artículo 9.3 de la CE, ya que el establecimiento

⁴⁵¹ En la Ponencia Especial de Estudios del Consejo de Estado Ponente, David BLANQUER “La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”, el autor sostiene que debe ponderarse que el artículo 149.1.18 de la Constitución establece la idea de sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, rasgo sistemático que puede terminar saltando por los aires si cada situación específica de riesgo se somete a un régimen específico, sobre todo si no se contempla expresamente su articulación o compatibilidad con el régimen general de la Ley 30/1992 y con tal talante concluye que *“Hecho el diagnóstico hay que sugerir el tratamiento que puede darse a esa patología administrativa. Como la dimensión fundamental del problema es de carácter procedimental, parece indicado centrar el estudio en ese aspecto, dejando al margen otras alternativas”* pág. 130.

mediante una norma de esos estándares permiten además objetivar la cuantificación económica del daño causado .

Cuáles son los límites entre responsabilidad política propia de los poderes administrativos y el Derecho que se constituye en límite del ejercicio de dichos poderes, es una respuesta que corresponde al Derecho Administrativo. Mejor aún: ese límite es el Derecho Administrativo, es justamente su función y su contenido.

Como expresa la CE «a la Ley y al Derecho» dice el artículo 103.1 de la Constitución, está plenamente sometida la Administración.

Para la Constitución Española las responsabilidades del Ejecutivo o de las instituciones garantizadas no implican la posibilidad de infringir la Ley y el Derecho; ya que el Estado es un Estado de Derecho (art. 1.º). Ese es, pues, el límite de las responsabilidades políticas del Ejecutivo y de las instituciones garantizadas y es, paralelamente, el límite que señala hasta dónde puede llegar y dónde no debe llegar el Juez administrativo.

Aquí volvemos sobre el tema de la discrecionalidad que requirió años de búsqueda de criterios que permitan formular en términos estrictamente jurídicos esos límites, y que delimiten el ámbito en que la discrecionalidad (con la responsabilidad política que ello implica y que atribuye la Constitución), puede legítimamente ejercerse y dónde no, porque supondría transgredir

los límites jurídicos. Y tener claro que esa trasgresión excede el ejercicio de la función constitucional de gobernar.

La idea esencial del Estado de Derecho proclamado en el artículo 1.º de la CE es que los intereses generales que legitiman la actuación del Gobierno y de la Administración no pueden invocarse como «razón de Estado» para justificar cualquier infracción jurídica.

La Constitución proscribe directamente cualquier infracción de Derecho en el ejercicio de las funciones de la Administración, al declarar que las mismas se ejercerán «*con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*» (art. 103.1).

Sin duda el objetivo principal de las Políticas públicas, debe estar asociado a permitir que los seres humanos, los individuos en general y en grupos o colectividades, sean **SUJETOS LIBRES**, ya decía Karl Loewestein “*si el fin más noble de la sociedad es alcanzar aquel estado que permita el máximo desarrollo de la personalidad de cada miembro, se puede decir que el grado de acercamiento a dicho fin se corresponde con los progresos que cada sociedad estatal ha realizado en relación con aquellas instituciones destinadas a controlar y limitar el poder político*”.⁴⁵²

⁴⁵² LOEWENSTEIN, Karl, “*Teoría de la Constitución*”, Editorial Ariel, Barcelona, 1979, pág. 152.

Y para esto Touraine señalaba que “el papel principal en la construcción de la democracia debe ser juzgado por los actores sociales mismos”.⁴⁵³

Es así como debe entenderse la permanente y estrecha vinculación entre el universalismo de los derechos de los seres humanos y la mirada a la situación especial y las relaciones sociales en las que esos derechos deben ser protegidos o defendidos, dependiendo de qué lugar nos posicionemos entre el dador y el receptor de una política pública.

La vía del reclamo y la impugnación de los ciudadanos contra actos o decisiones de los gobernantes, dan vida a la democracia. Hoy tiene más valor el criterio disperso de los ciudadanos con fundamento en el ejercicio de su libertad individual y en protección de sus derechos fundamentales, que la fría fórmula del interés general que en otro tiempo legitimara las decisiones de los gobernantes.

5.5 - EL CONTROL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

5.5.1 - LA EXPERIENCIA ARGENTINA. RED FEDERAL DE CONTROL PÚBLICO.⁴⁵⁴

⁴⁵³ TOURAINE, Alain “*Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*”, editorial Paidós Estado y Sociedad 135- París, 2005

A lo largo de estos últimos años, el Gobierno Argentino ha implementado y profundizado medidas tendientes a superar la situación de riesgo colectivo originado en las circunstancias críticas acaecidas en el pasado reciente, con efectos sobre el presente. Los presupuestos continúan dando prioridad a la *inversión social* y a las asignaciones que tengan un efecto positivo en las economías regionales, siendo particular su relevante incidencia respecto del total del gasto público, ya que es de esa forma – es decir, como gastos- que quedan estos conceptos reflejados en el presupuesto general del país.

Frente a esta realidad de dimensiones totalmente distintas, tanto en lo que hace a la sensibilidad social que lleva implícita como a la magnitud de los recursos que involucra, la actividad de control no podía mantenerse ajena a los cambios que imponía el contexto. Por ello, me ha tocado actuar desde la función pública en la tarea de interactuar con los organismos de control público de la Nación y de las Provincias para dar adecuada respuesta a esta exigencia, dando inicio a una experiencia que no registra precedentes.

⁴⁵⁴ RED FEDERAL DE CONTROL PÚBLICO, Presidencia de la Nación, Sindicatura General de la Nación, con colaboración de Gustavo Adolfo MAZZONI, Marcelo Ángel CAINZOS, Andrés VILLALONGA. Coordinado por Alessandra MINNICELLI - Buenos Aires, Octubre de 2007.

En capítulos anteriores, señalé que el nuevo conjunto de objetivos, decisiones y acciones estatales, requería una estructura administrativa que aporte racionalidad en la administración del gasto público y conllevaba un aumento de las tareas de gestión y de control desde el Estado.

La Red Federal de Control Público se instituyó como un emprendimiento organizacional que integra y complementa las Estructuras Estatales de Fiscalización y Auditoría, con el fin de evaluar el desempeño de los programas sociales ejecutados por las Jurisdicciones de carácter nacional. Se constituye además, como la garante de cobertura de control en el ámbito nacional, a través de relevamientos y acciones directas en el campo de ejecución de la Política Social.

El fin propuesto entre las partes, centraba la futura labor de los suscriptores en brindar sostén al desarrollo de las acciones paliativas generadas por el Estado Nacional como respuesta a la emergencia social.

Para comprender el marco teórico de la Red federal es necesario detenernos a repasar la realidad reciente de mi país y los orígenes del Sistema Federal de Gobierno de la Argentina que hace que cada provincia cuente con sus estructuras propias de gobierno - es decir , poderes ejecutivo, legislativo y delegados específicamente al Gobierno Nacional - y con estructuras propias de control.

Las experiencias que desembocaron en la crisis del año 2001 nos han demostrado una vez más y con mucho dolor, que a la hora de diseñar y ejecutar políticas públicas orientadas a la búsqueda del bienestar general, nada puede ni debe sustituir un análisis riguroso y sobre todo propio.

La incorporación de recetas externas extrapoladas de otras experiencias, aplicadas a espaldas de las situaciones particulares de cada país, desemboca inexorablemente en crisis económicas y sociales de magnitud.

Dos grandes desafíos han quedado en evidencia durante los difíciles años de crisis:

- **Mejorar las instituciones fundamentales de la democracia, mejorar la calidad de gobierno, como medio hacia una sociedad mejor.**
- **Reflexionar sobre el modelo de país que se integra con políticas de Estado acordes con esta identidad particular.**

En esta definición de modelo de país, solo el Estado puede garantizar una sociedad cohesionada social y geográficamente.

En este contexto desde el control público se han buscado las herramientas que pongan énfasis en la necesidad de mejorar los resultados de su acción.

La Red Federal de Control Público es una nueva manera, articulada y federal, de extender un control más eficaz que atienda

a las particularidades de cada región y se encuentre al servicio de una mejor gestión pública.

La actuación de tres niveles de gobierno, Nacional, Provincial y Municipal cada una con sus estructuras, requiere de un compromiso solidario entre las partes además de un uso adecuado de los recursos disponibles.⁴⁵⁵

Es decir, es necesario cumplir con los principios de solidaridad y subsidiariedad⁴⁵⁶, pilares básicos en los que se asienta el federalismo y que debe traducirse en la distribución adecuada de responsabilidades y potestades económicas, tanto en lo que respecta a la provisión de bienes públicos como al compromiso mutuo para que el esfuerzo llegue a su destino final, es decir, al ciudadano.

La cuestión federal en nuestra historia constitucional es la sucesión de intentos por construir instituciones y reglas para

⁴⁵⁵ Al plantear la ley Argentina Nro. 24.156 –Ley Nacional de Administración Financiera del Estado y de los Sistemas de Control-, el foco en la consecución de los objetivos programados y en la administración eficiente de los recursos públicos, pasamos de un control formal (legal, contable y documental), a un control más abarcativo de la totalidad de la gestión que nos permite hacer aportes desde el control a la mejora permanente de la gestión y al diseño de los programas y procedimientos.-

⁴⁵⁶ Antoni BAYONA I.ROCAMORA en Estudios para la reforma de la Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid- 2004. *Descentralización Y Coordinación* pág. 246 destaca: *El papel que tiene el principio de subsidiariedad, en la medida que sirve como criterio de atribución competencial a la instancia más próxima al ciudadano, siempre que tenga capacidad para ejercerla eficazmente.*

hacer viable a la Argentina como unidad política, como señalé en párrafos anteriores.

En ese contexto, el eje orientador ha sido la descentralización de las acciones hacia los niveles de gobierno más cercanos a la comunidad. Así, actividades que se encontraban a cargo de la Nación, fueron transferidas a gobiernos provinciales y municipales.

En el proceso que hemos vivido en mi país, la descentralización ha sido significativa, aunque no plena. El poder central se ha reservado para algunos casos, en especial los relacionados con materia de acción social, potestades de distribución de recursos, normativas y de monitoreo, mientras que ha delegado la ejecución de las acciones.

Tal como ha observado el Dr. Walter F. Carnota, *“los gobiernos argentinos del liberalismo conservador de fines del siglo XIX también navegarían las aguas de un capitalismo sin mayores ataduras, fruto del auge del liberalismo económico en boga. Pero las crisis del segundo decenio del S.XX golpearían a todas las economías mundiales sin excepción, y aquél Estado ausente se transformaría en agente necesario del bienestar y de la prosperidad”*.⁴⁵⁷

⁴⁵⁷ CARNOTA, Walter F., “La Regulación Económica desde la Perspectiva del Derecho Constitucional de Argentina, España y los Estados Unidos”, en LINARES MARTINEZ, Aurilivi, y SADDY, A. (Coordinadores), ESTUDOS SOBRE

Sin duda las circunstancias han cambiado pero, aunque con otras manifestaciones, la asimetría parece seguir siendo uno de los problemas de la Argentina. Tenemos un Estado con niveles de penetración sumamente desiguales, que no consigue garantizar por igual algunos derechos básicos, ligados a la provisión de bienes públicos como la salud y la educación. Esa situación implica asimetrías en cuanto a distribución de oportunidades.⁴⁵⁸

En vista a ello, desde el Estado se planteó consagrar una inclusión que abarque a cada jurisdicción como parte de la Nación y a cada individuo como parte de la sociedad y la condición era asegurar la equitativa provisión de bienes públicos, y son garantes del mejor uso de los recursos compartidos. Desde la Nación -donde se encuentran representadas todas las jurisdicciones-, se deben aplicar los presupuestos mínimos y los principios rectores vinculados al uso y aprovechamiento de los recursos naturales y económicos disponibles.

REGULACAO E CRISIS DOS MERCADOS FINANCIEROS, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2011, p. 108.

⁴⁵⁸ ARIÑO Ortiz, ob cit pág. 67 “Una comprensión auténtica, no falseada, del fenómeno centralización-descentralización, y su consiguiente tratamiento jurídico, exige que éste contemple las fuerzas en juego, las metas que con él se pretenden conseguir, para someterlas a sistema y a ordenación, y para arbitrar las técnicas jurídicas que las hagan posible. Debe desconfiarse en cambio de construcciones lógico-formales que carecen de un claro contenido específico y son, por tanto, incapaces, por generales, para determinar por sí mismas un régimen jurídico”.

La constitución de la Red Federal de Control llevó a la práctica un abanico de actividades, que implicó la necesidad de diseñar estrategias que permitieron transformar la letra del convenio interjurisdiccional que le dio origen en acciones concretas. En ese sentido, se ensayaron diferentes dispositivos de promoción con el objeto de involucrar a los distintos actores, a la vez que transformarlos en promotores y participantes efectivos de la Red Federal de Control Público.

De las gestiones efectuadas ante los distintos Tribunales de Cuentas Provinciales, se evidenciaron fundamentalmente dos barreras de acceso que obstaculizaban el cumplimiento de ese objetivo: la falta de disponibilidad de información financiera relacionada con las transferencias que desde el Tesoro Nacional se efectúan a los distintos niveles de gobierno de las respectivas provincias y los límites de la competencia de cada uno de los órganos de control intervinientes.

Una de las mayores fortalezas que se le reconoció desde el inicio a la Red Federal, reside en que las auditorías son realizadas por técnicos de cada jurisdicción, conocedores de la realidad y problemáticas locales, lo que posibilita la creación de un método articulado y federal para un control más eficaz, que atienda a las particularidades de cada región.

De esa forma la amplia cobertura territorial y la significativa reducción de los ciclos de auditoría alcanzados, han contribuido a la

construcción de un ambiente de control donde esta actividad es percibida y valorada por parte de quienes tienen a su cargo la gestión de los programas sociales en los distintos niveles de gobierno.

Esta intensa actividad, desde el inicio de la conformación de la Red no sólo abarcó los aspectos específicos del control, sino que, además, permitió avanzar en otros que hacen a la comunicación y motivación de los actores vinculados a los programas sociales, tanto ejecutores como beneficiarios.

En cada auditoría se han realizado actividades simultáneas en tres niveles:

- En el provincial: con los funcionarios ejecutores de los programas,
- En el municipal: con las autoridades y agentes a cargo de las cuestiones sociales del Municipio, y
- En el comunitario: con los integrantes de los Consejos Consultivos y los beneficiarios.

Esta sucesión de impactos logrados constituye lo que se denomina “*cultura de control*”, razón por la cual fueron muy útiles los contactos con los efectores del programa. No se trata solamente de poner en práctica manuales de procedimiento, sino del buen accionar de las personas en cada nivel de la organización, que se transforman en el núcleo de su difusión y réplica, al mismo tiempo que asumen un claro perfil de líder organizacional. Este liderazgo

organizado, implica que los gobiernos creen equipos de personas capaces de influir en los distintos estamentos, a efectos de lograr su coordinación, pensar y discernir juntos cómo redefinir los procesos de trabajo e imponer tecnologías estandarizadas.

La “cultura de control” tiene un fuerte predicamento en su emplazamiento dado en los propios responsables del programa, los cuales deben montar procedimientos de control que permitan corregir los desvíos que presenta su propio accionar, así como facilitar la toma de decisiones y el establecimiento de planes de mejoras.

Esta cultura de control instalada, permite a cada una de las unidades ejecutoras conocer su situación de partida y aprender de las debilidades y puntos fuertes en el proceso de cambio hacia la calidad en la prestación de sus servicios.

Para alcanzar sus objetivos, los programas se deben organizar de tal manera que puedan controlar los factores técnicos, administrativos y humanos que afecten la calidad de los productos y servicios ofrecidos. En este contexto la fuerte alineación de la “cultura de control” constituye un aspecto facilitador para alcanzar ese fin.

El trabajo mancomunado de los distintos componentes de la Red Federal, sin lugar a dudas, como en toda tarea abordada en equipo, ha permitido explotar las cualidades más salientes de cada uno de sus integrantes, de manera tal que el resultado obtenido

supera a la simple sumatoria de sus esfuerzos. La visión de los auditores se amplía y profundiza con el conocimiento de la realidad local, conocimiento que no es fácilmente transmisible y que aportan los organismos provinciales y municipales, en tanto que éstos se enriquecen con la capitalización de la experiencia de quienes actúan en las distintas jurisdicciones del país.

Este crecimiento en lo cuantitativo, ha incidido significativamente en los resultados, toda vez que la mayor presencia del control en el campo ha permitido impactar directamente en la puesta en práctica de mejoras concretas en la ejecución, en la generación de una cultura de control y en la construcción de un adecuado ambiente de control⁴⁵⁹.

Esto obliga a la Red Federal de Control Público a realizar un replanteo de las metodologías vigentes a fin de modernizar el control tratando de que el mismo se convierta en una herramienta que permita servir de vaso comunicante entre el Estado y los beneficiarios, a fin de poder minimizar los costos e ineficiencias que todo desvío o emprendimiento no razonable puede producir en los resultados finales pretendidos.

⁴⁵⁹ El término se utiliza para evaluar el entorno en el que se implementa y estructura el control interno (según los principios del *informe COSO "Committee of Sponsoring Organization"*, creada por organizaciones profesionales norteamericanas, dedicada a la prevención del fraude), que requiere tener en cuenta componentes tales como: la filosofía de la Dirección y el estilo operativo, la ética, el directorio o comité de auditoría, la estructura organizativa, la asignación de facultades y responsabilidades, las políticas y prácticas de recursos humanos, los controles aplicados a las actividades, el sistema de información y comunicación.

Para que el control de gestión alcance su objetivo debe ser concomitante a la propia gestión de los planes sociales.

Según sea el programa auditado y en función de sus características y modalidades particulares, las auditorías fueron llevadas a cabo tanto en los niveles centrales de los gobiernos provinciales como en una muestra del vasto espectro de localidades donde se desarrolla su aplicación.

Cada uno de estos informes ha sido comunicado a las respectivas carteras ministeriales a cuyo cargo se encuentre el programa objeto de análisis, de manera tal de poner en su conocimiento y en detalle, los resultados obtenidos producto de la labor de auditoría efectuada.

Cada auditoría en sí misma, aporta elementos de juicio particulares de la actividad evaluada y permite a quienes gestionan disponer oportunas medidas correctivas a fin de reencauzar las acciones dentro del camino trazado.

En igual sentido, para aquellos casos donde la ejecución de un mismo programa ha sido auditada en varias provincias, un análisis horizontal de las conclusiones y consideraciones expuestas por los órganos de control en sus informes aporta elementos adicionales de interés.

Esta visión, aún cuando en algunos casos pueda aparecer como parcial o de escasa representatividad respecto del conjunto de acciones que implica la ejecución de programas sociales, se estima

resulta útil a la hora de integrar las etapas de gestión de este tipo de acciones de gobierno.

Como en todo proceso de gestión, definidos políticas y objetivos, el diseño da paso a la planificación y luego ésta guía la acción, para, finalmente, a través de mecanismos de control apropiados, detectar los eventuales desvíos, establecer sus causas y reiniciar el proceso con el desarrollo de las medidas correctivas y ajustes necesarios.

En ese marco, los informes analizados dan cuenta del cumplimiento general de los objetivos primordiales de los distintos programas sociales implementados por el Poder Ejecutivo Nacional, cuyo control fue abordado por la Red Federal de Control Público.

En el campo de la ejecución, subyacen cuestiones relativas a prácticas susceptibles de ser mejoradas, que podrían relacionarse con aspectos de diseño general que requieren su revisión o con temas aún no considerados por las áreas coordinadoras de programas.

Así, en este proceso de retroalimentación y en lo atinente al diseño de las acciones, se destacan como puntos de especial interés para su revisión y actualización permanente:

- La determinación e identificación de las necesidades que se pretende satisfacer o la realidad a modificar con atención a las particularidades regionales y locales de las áreas en donde se despliega la acción de gobierno.**

- **El relevamiento de las estructuras operativas de los diferentes actores que intervienen o intervendrán en la ejecución, toda vez que sus fortalezas o debilidades inciden en forma directa sobre la gestión.**

Por ejemplo, en programas cuya ejecución se caracteriza por un alto grado de descentralización operativa donde participa un alto número de actores, la comunicación aparece como un elemento esencial para la adecuada y oportuna coordinación de acciones e intercambio de información; fortalecer este aspecto aparece como un tema nodular en la gestión de las acciones que nos ocupan.

Íntimamente relacionada con ello, la adecuada dotación y actualización del equipamiento informático dedicado a estas actividades, resulta una herramienta sustancial para construir canales de generación e intercambio de información oportuna.

- **En el caso de aquellas acciones que se llevan a cabo a través del financiamiento de proyectos productivos, los cambios permanentes del contexto en que cada uno de estos es ideado y desarrollado, requieren ser acompañados de la adecuación de los criterios de evaluación considerados para su elección, especialmente en lo que se refiere a inserción en el mercado y autosustentabilidad.**

Luego, al momento de la ejecución de los programas, desde el punto de vista del fortalecimiento y construcción de adecuados

mecanismos de monitoreo y control, se consideraron aspectos vinculados con:

- **Procurar, desde los niveles centrales, que las distintas jurisdicciones cuenten con padrones de beneficiarios confiables, cuya revisión y actualización se soporte en adecuadas labores de supervisión y control del cumplimiento de las condicionalidades inherentes al beneficio de que se trae, tanto a la hora del otorgamiento como al momento de su posterior renovación.**
- **La oportunidad de las prestaciones, en particular por cuanto en los campos en que se actúa a través de los programas sociales, el factor temporal resulta determinante en el adecuado cumplimiento de los objetivos perseguidos.**

Igual relevancia cabe respecto de su continuidad, tanto para aquellas prestaciones cuyo objeto se vincula con la atención de necesidades básicas (alimentación, salud, educación) como para el caso de proyectos de ejecución por etapas.

- **Que los procedimientos de ejecución de los distintos niveles de gestión permitan asegurar la calidad de las prestaciones al momento de su recepción por los beneficiarios, de manera tal que el producto final de un proceso descentralizado presente la calidad y características esenciales definidas en su concepción desde el nivel central.**
- **Asistencia técnica y monitoreo permanente, en particular en aquellos casos de microemprendimientos que requieren mayor**

acompañamiento en su ejecución a fin de asegurar su éxito y proyección futura.

En ese sentido la transmisión de conocimientos a través del denominado “efecto cascada”, desde las unidades ejecutoras nacionales hacia los actores más lejanos del sistema, permite aunar criterios metodológicos, tanto de ejecución como de medición, a la vez que va incrementando las capacidades instaladas en los distintos niveles intervinientes.

Finalmente, se llega a la etapa de rendición, donde más allá de constituir un imperativo legal, toda vez que se trata de la aplicación de recursos públicos, se cierra el ciclo de ejecución, aportando información útil en términos financieros, operativos y de responsabilidad. Se evaluaron aspectos tales como:

- La rendición de cuentas debe guardar una adecuada relación con los requisitos tenidos en consideración al momento del otorgamiento de los beneficios. Este equilibrio debe alcanzar tanto a su contenido como a su exigencia.**
- El diseño de instructivos claros y sencillos para la confección de las rendiciones de cuentas, facilita las tareas de quienes deben elaborarlas y la labor de los responsables de su análisis y aprobación.**
- La oportuna y amplia difusión de dichos instructivos contribuye a fomentar el ejercicio de rendir cuentas.**
- Un adecuado análisis y seguimiento de la presentación de las rendiciones de cuentas constituye un elemento adicional de**

monitoreo y control de la marcha de la gestión de las acciones. Una demora en la presentación de cuentas puede obedecer a cuestiones simplemente formales pero también puede estar alertando sobre desvíos y/o inconvenientes en la ejecución.

Sobre estos conceptos se ha ideado la contribución que desde el control se puede aportar a la gestión de políticas públicas, brindar soporte a quienes tienen la responsabilidad de llevar adelante la acción de gobierno, conformando con su accionar un proceso de mejora permanente en busca de la excelencia.

La Red Federal de Control Público sintetiza, a través de su labor, la visión del control como constructor de una estructura con mecanismos permanentes de prevención, detección y medición, útiles para minimizar los riesgos a que se encuentra expuesta toda gestión y, de este modo, propender al cumplimiento de los principios consagrados por la ley y el fortalecimiento del sistema de información pública necesario para optimizar la formulación de las políticas públicas.

REFLEXION FINAL

A lo largo de este trabajo de tesis me he preocupado por la ubicación conceptual de las políticas públicas, en sus tres fases: elaboración, implementación y medición. No he descuidado el control de las mismas, colacionando un caso exitoso que me tocó activar en mi paso por la función pública, como ha sido la “Red Federal de Control Público” en la Argentina. Ello me ha parecido relevante en el marco de un territorio extenso, con forma federal de Estado.

He contextualizado a las políticas públicas en diversos tipos de Estado: en el Estado liberal abstencionista, y sobre todo, su eclosión en el Estado social. La retracción del Estado producida en todas las latitudes hacia los ochenta y los noventa profundizó el “divorcio epistemológico” entre éstas –allí acotadas- y el Derecho Administrativo, ya que nos encontrábamos en pleno proceso de “huída del Derecho Administrativo”.

La necesaria “vuelta al derecho Administrativo“, se torna conceptual y operativamente cada vez más necesaria ante la crisis financiera internacional que ha replanteado, tanto en los países desarrollados cuanto en los en vías de desarrollo, el rol del Estado como gerenciador del interés público, sobre lo que me he detenido en particular.

Resulta menester destacar que a la política pública, herramienta formidable en el arsenal del obrar estatal, se la encuadre y enmarque en el Derecho Administrativo. Postulo desde esta tesis que las incomprensiones que he detectado en uno y otro campo se salden mediante el recurso a los principios generales del Derecho Administrativo que, con larga tradición doctrinaria y recepción legal tanto en España como en Argentina, cuentan en el caso específicamente español con las ventajas de su constitucionalización en la norma del art. 103.1 C.E.

He procurado adentrarme en el sistema constitucional español de 1978, que posee fuerza normativa, desde el sintagma del Estado constitucional y democrático de Derecho estampado en el art. 1 C.E. Otras normas, como la de los arts. 9, 10, 24 y 53, coadyuvan a la caracterización del mismo, como asumen capital importancia para el Derecho Administrativo como “Derecho Constitucional concretizado”, las pautas del ya mencionado art. 103.1 y del art. 106. El enfoque no sólo se ha centrado en normas, sino también en la faena jurisdiccional y en su deslinde con el obrar administrativo, frente a los principios rectores plasmados a partir del art. 39 C.E.

En el emprendimiento de tratar de tender puentes entre las políticas públicas y el Derecho Administrativo a través de sus principios, a los que he caracterizado y comparado en el Derecho español y en el argentino, me ha parecido de suma utilidad

centrarme en el principio de eficacia, constitucionalizado en el mentado art. 103 C.E. y con incipiente desarrollo en Argentina.

A través del principio de eficacia, considero haber encontrado un primer ligamen entre universos que parecían completamente inconexos. La eficacia hace que ya en el campo de Derecho Administrativo se le pueda exigir a la política pública metas y resultados, que es lo que se demanda permanentemente desde una compulsión sociológica en todas partes del mundo.

La eficacia se eslabona con otros asuntos vitales para la organización administrativa, tales como la responsabilidad objetiva y la existencia de indicadores⁴⁶⁰ para la medición de resultados. Esta temática está ingresando con fuerza en el derecho Administrativo actual.

Parecería que, en las horas de crisis, las Administraciones Públicas no pueden “darse el lujo” de ser ineficaces e ineficientes, costosas, remotas e insensibles. Ya no hay más excusas para no medir resultados. Es en el proceso que culmina con un resultado

⁴⁶⁰ Expresa Gabriel DOMENECH PASCUAL, en Principios, Jurídicos, Proporcionalidad y Análisis Económico, pág. 179 de Ponderación y derecho Administrativo, ob cit, que “El empleo de conceptos métricos para expresar costes y beneficios de las decisiones estatales sirve también como principio de transparencia de la actividad de los poderes públicos. El lenguaje matemático – sostiene- es unívoco a diferencia del natural, que puede difuminar o incluso enmascarar el proceso valorativo que conduce a una decisión, especialmente cuando se emplean conceptos comparativos – conceptos jurídicos indeterminados tales como “escaso”, “leve”, “grave”, “relevante”, “significativo”, “extraordinario”, etc.

logrado, donde la Administración alcanza plenitud y realiza la “razón de ser” del derecho Administrativo, que es equilibrio entre prerrogativa y libertad, visto al Derecho Administrativo como “el derecho del poder para la libertad”⁴⁶¹.

⁴⁶¹ Término que continúa utilizando en sus publicaciones el Dr. Jaime Rodríguez Arana, “El derecho del poder para la libertad,” *Nueva Revista*, February 12, 2012, www.fundacionunir.net

CONCLUSIONES

Interpreto, con las limitaciones de este trabajo, que para que la optimización de la satisfacción de necesidades y la universalización de los derechos humanos pueda lograrse de manera racional y democrática, se necesitan herramientas, instituciones jurídicas (concretamente, los principios generales del Derecho Administrativo, y en particular, el de eficacia) que guíen, orienten e indiquen cómo se garantizarán esos derechos y necesidades a satisfacer.

Se pretende en el presente trabajo de tesis doctoral relacionar el rico y vasto campo de acción de las políticas públicas, para enmarcarlas en el ámbito de los principios generales del Derecho Administrativo.

Habitualmente, la doctrina de los autores ha considerado a ambos objetos de estudio como áreas científicas separadas e inconexas, con grave detrimento al entendimiento integral de las políticas públicas.

La base o paradigma actual es, sin duda alguna, el Estado Social y Democrático de Derecho, que en el caso español viene constitucionalmente configurado (art.1, C.E.). Resulta entonces menester, en este contexto de ideas y de experiencias, focalizar el

estudio de las políticas públicas desde el prisma que brinda el Derecho Administrativo actual, con el objeto de garantizar de la mejor manera el interés público y salvaguardar los derechos fundamentales.

Bajo tales premisas, y de conformidad con esos postulados, se aspira a suministrar enfoques novedosos a categorías clásicas del Derecho Administrativo, tales como *interés público, responsabilidad de los agentes públicos y del Estado, empleo público, eficacia y eficiencia*, con incidencia en otras gravitantes cuestiones para el Derecho Público contemporáneo como la constitucionalización del ordenamiento jurídico en general, la apertura de nuevas fuentes de producción normativa oriundas del Derecho Comunitario, los desafíos de la descentralización territorial y los mayores niveles de participación de la sociedad civil, que exige y reclama crecientes márgenes de información y de protagonismo. No cabe duda, en este marco, de la relevancia que aquí asume la actividad administrativa del Estado, cómo incide en toda ella la constitucionalización del principio de eficacia (art.103.1 C.E.), la influencia de las llamadas “leyes-medida” y la actuación de la denominada “jurisdicción administrativa”, como instrumentos idóneos en la tutela de los derechos de los administrados.

Las políticas públicas que se pueden entender como un conjunto de respuestas del Estado frente a situaciones

consideradas socialmente como problemáticas, requieren ser solucionadas con fundamento en la agenda gubernamental; aquí lo público se puede confundir fácilmente con lo estatal y las acciones gubernamentales con los propósitos públicos. Al confundirse la acción del Estado (como monopolizador de la gestión social) con la política pública, su estudio se centra en la indagación alrededor del tipo de acciones que desarrolla el Estado en los diferentes ámbitos de su actividad, cómo se elaboran y desarrollan y cómo se evalúan y cambian.

El quehacer político del Estado y el encuadramiento en el derecho de la acción pública, resultan ejes de análisis de necesaria referencia en este trabajo porque en definitiva las políticas públicas, vistas como exteriorización de la orientación y contenido de la acción estatal, cumplen una función primordial de satisfacción del bien común.

Este conjunto de objetivos, de decisiones y de acciones estatales requieren de una estructura administrativa que aporte racionalidad en la administración del gasto público, requieren de una acción público –privada coordinada que reconozca la realidad y actúe sobre ella con acciones positivas y requiere de un aumento en las tareas de gestión y control desde el Estado, que en forma concomitante subsane las debilidades del quehacer público.

Las acciones que desarrolla el Estado desde la mirada de los principios del derecho administrativo, como derecho común de las Administraciones Públicas⁴⁶², no está conformado solamente por normas positivas, sino también por principios generales que sirven para articular, interpretar y completar esas normas; para que, en definitiva las decisiones públicas sean eficaces desde su formulación y durante todo el proceso de diseño, desarrollo y evaluación.

Las normas (o ley –medida al decir de García de Enterría), que implementan una política pública, se transforman en instrumentos de políticas concretas y cambiantes. Inevitablemente al introducirse esas normas en la trama social, con decisiones administrativas que afectan a ciudadanos concretos, se producen necesariamente problemas de justicia, entendidos como ajustes entre situaciones, intereses y derechos, que deben resolverse con un sistema de principios generales del derecho capaces de calificar y encauzar toda clase de situaciones, sobre todo las nuevas e imprevistas. Porque, en definitiva, la justicia es un criterio ineludible para el funcionamiento de la vida social.

⁴⁶² “La Administración es una organización que actúa directamente en el proceso aplicativo de normas y que en ese proceso retiene intereses propios, intereses puramente corporativos y no necesariamente generales, de los que con frecuencia le es difícil hacer abstracciones cuando es a ella misma a quien cumple elaborar las normas”, pág. 67 E. GARCIA DE ENTERRIA “Legislación Delegada, Potestad reglamentaria y Control judicial”, 3era edición .Civitas, Madrid 1998.-

En la peculiar dinámica del Estado, el ejercicio eficiente del poder, - entendido como fuerza unitiva que da orden y sentido a todo el conjunto-, no puede ser desordenado ni descoordinado, sino que necesita trazarse un plan. Para ello, tiene que proponerse metas, objetivos y fines; tiene que valorar; tiene que escoger; tiene que ponderar; tiene que medir resultados; tiene que seleccionar proyectos, moverse entre opciones, definir estrategias y tácticas.

En este marco, las políticas públicas son formuladas por el Estado y se proponen impactar en la sociedad; y la administración pública tiene a su cargo las acciones necesarias y aporta los recursos para la implementación de las políticas y programas gubernamentales.

En la Argentina desde el Estado Nacional la creciente descentralización y las estrategias de desarrollo local están generando las condiciones para que las administraciones locales se involucren con sus propios recursos en los nuevos criterios de gestión territorial.

Como señala Ramón Martín Mateo⁴⁶³, *El Estado administrativo en la actualidad actúa sometido a los mencionados condicionantes y en el que el legislador se ve obligado a descender a regular situaciones concretas y promulgar normas*

⁴⁶³ RAMON MARTIN MATEO *El horizonte de la descentralización* Colección Estudios de administración local, pág. 95 y 96.

casuísticas, asumiendo tareas que cuadran más con las tradicionales características de las actividades de la Administración. Ésta, por su parte, asume competencias considerables, extiende sus operaciones a todos los ámbitos de la vida del país y lleva la intervención pública a sectores antes exclusivamente atendidos privadamente, con lo que se hace prácticamente imposible el mantenimiento de la fiscalización, supervisión y dirección a que teóricamente venía sometida por los imperativos del Estado constitucional.

Para ello se están utilizando la planificación estratégica como nueva forma de gestión urbana y de desarrollo local. Ello permitirá formular y ejecutar políticas públicas que permitan la interacción de los actores locales y que se consideren las características y especificidad del lugar, de este espacio local. La descentralización de la gestión y del control de programas y políticas públicas que traté al referirme a la Red Federal de Control Público busca impactar territorialmente y es un primer paso para resolver los desequilibrios estructurales vinculados a la superación de la pobreza y a cambiar la distribución en la prestación de Salud, Educación y Empleo.

En el mismo sentido la inversión en infraestructura y en la gestión de ordenamiento territorial como política pública iniciada desde el año 2003, busca garantizar la accesibilidad y conectividad a las diferentes regiones del territorio, en todo el

sistema de asentamientos humanos en que se articula el espacio y los sistemas de ciudades.

Potenciar las capacidades y oportunidades locales y regionales la conexión con otras economías locales, es lo que genera eficiencia colectiva y complementariedad económica y social; para ello la tarea es dictar políticas explícitas para proteger, fortalecer e impulsar la actividad económica local en torno a industrias estratégicas; al impulso a la capacidad inventiva de los emprendedores locales y a la investigación.⁴⁶⁴

Ello es prioritario para lograr complementariedad entre las actividades a promover y compenetración entre el tejido social y empresarial de la región incluyendo a todas las actividades que son insumos obligados. Se trata de comprometer a la empresa con su entorno, desde la responsabilidad social.

La centralidad en el ordenamiento jurídico español de los derechos fundamentales no es un dato menor o irrelevante para el Derecho Administrativo, sino que asume total y capital importancia, ya que, a la postre, la obtención del resultado deseado de la política pública estará en directa relación con la satisfacción de los mentados derechos fundamentales.

⁴⁶⁴ *"Federalismo y descentralización territorial tienen de común el ser técnicas redistributivas de poder"*, Ramón MARTIN MATEO, ob cit pág.63.

La jerga jurídica argentina no está acostumbrada a la expresión “derechos fundamentales”, puesto que no es la que usa la Constitución como en el caso español, alemán o colombiano. Sin embargo, a partir de la reforma de 1994, ha entrado con fuerza en el derecho público argentino la locución “derechos humanos”, con la ventaja que atraparía bajo su manto no sólo a los derechos civiles y políticos, sino también a los sociales (artículo 14 bis) y a los llamados de “tercera generación” como los del medio ambiente (art.41) y los que nacen de la relación de consumo (art.42), expresamente agregados con la revisión constitucional referida.

Pero, sin dudas, ha sido la elevación a rango constitucional de una serie de documentos que provienen del derecho internacional de los derechos humanos, consagrados en el importantísimo art. 75.22 C.A., la que le ha dado una especial coloración a la reforma, haciéndola parte del “paradigma de los derechos humanos” de modo explícito y notable.

El aumento de la intervención de la Administración en todos los ámbitos de la vida hacen que, como ha dicho García de Enterría, la única posibilidad de una garantía individual y social efectiva frente a los formidables poderes de la Administración de hoy está en la técnica de los principios generales del Derecho.

En todo este proceso, gran parte de los principios generales del derecho natural se incorporaron al derecho positivo de las

constituciones modernas. Es lo que ha ocurrido con los principios que recoge, la Constitución Argentina y Española que son fuente primaria del derecho administrativo, la mayoría de cuyas instituciones encuentran su directo fundamento en los principios que emergen de su preámbulo y de su articulado.

En este punto, interesa, especialmente, la distinción entre principios y derechos, en particular, los derechos fundamentales y/o derechos humanos, diferenciación que ciertos sectores doctrinarios rechazan en función de asignarle exigibilidad u operatividad a los principios, aun cuando se sostenga que los principios, en definitiva, constituyen “mandatos de optimización“. Sin embargo, los principios son o están en el mundo jurídico mientras que los derechos (independientemente que se funden en principios o en otras fuentes como la ley o los contratos) se tienen o ejercen.

En este estudio varias veces tuve ocasión de explicitar la necesaria injerencia social del Estado, poniendo de relieve en ella una de las dos formas fundamentales y típicas de aquella actividad del Estado.

El tema objeto de análisis (el Estado social) permite el acceso al plano de “lo político“. El Derecho Administrativo es “Derecho constitucional concretado“, la Administración es “Constitución en acción“, que entre ambos se da claramente una relación de complementariedad.

El carácter trascendente que se ha atribuido a estos preceptos se dice que vinculan al juez desde el momento en que están reconocidos y aunque no hayan sido *regulados* por el legislador. Esto supone, por un lado, la necesidad de evitar que exista una pluralidad de interpretaciones de estos preceptos constitucionales y por otro la correlativa de unificar a través del Tribunal Constitucional la doctrina jurisprudencial sobre el tema.

Formalmente, toda «regulación del ejercicio» (art. 53.1 CE) de los derechos fundamentales es competencia de un órgano legislativo: reserva de ley. Y todo límite que se establezca, para ser eficaz, necesita ser identificado y ponderado frente a otros bienes o derechos constitucionales, esto significa que es necesaria una labor de «regulación» que la Constitución ha querido reservar al legislador.

En ese marco la función jurisdiccional es, en nuestros días, el centro álgido de las garantías que el Estado debe poner a disposición de los sujetos de intereses tutelados por la norma jurídica, para responder a la apremiante necesidad de infundir certeza a la titularidad y ejercicio de los derechos individuales y sociales.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ ZAGREBELSKY, ob. cit. último capítulo, examina el papel de los jueces en el mundo del Derecho. Lejos de la idea de Montesquieu, quien sostenía que el juez era la boca que decía las palabras de la ley. La función del juez es hoy ir más allá del texto positivo y ponerse al servicio de la ley y de la realidad, en su labor

La constante amenaza que constituye -para la adecuada satisfacción de aquella necesidad básica- el intrincado tejido social, que ha sido largamente hilvanado por el alto nivel técnico y científico que han ido adquiriendo las diversas actividades que se despliegan en su trama cotidiana demanda mecanismos de seguridad en el goce de los bienes que la ley garantiza a los ciudadanos, a los grupos sociales y a la comunidad toda, cuyo vértice se localiza en la misión de administrar justicia que la humanidad ha delegado históricamente en el Estado.

La realidad jurídica de nuestros tiempos nos muestra que aquella función privativa se ha visto notablemente ensanchada y el orden jurídico confía hoy a los jueces no sólo la composición de litigios sino también y esencialmente la declaración de voluntad legislativa y hasta la ponderación de situaciones o relaciones jurídicas nuevas. Es así que la esencia de la jurisdicción no puede buscarse hoy solamente en la “definición del litigio”.

No interesa ya sólo la coherencia interna de los razonamientos lógicos, sino que también va intentar aprehenderse la eficacia de las acciones encaminadas, dentro de escenarios políticos y económicos de creciente complejidad. El desafío es

interpretativa debe procurar aplicar la norma adecuada al caso concreto y al ordenamiento jurídico.

encarar esas pautas de eficacia sin evadir los necesarios marcos constitucionales de actuar.

Vimos que conectar el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración, con las políticas públicas, es ampliar la agenda de la responsabilidad y encontrar fundamento jurídico de la responsabilidad, en el grado de aplicación de los mecanismos de gobernanza, que se aplican en el Estado y que resultan esenciales en todo proceso democrático que involucre una activa actuación del estado en la implementación de políticas públicas.

Nos referimos a los institutos de rendición de cuentas y acceso a la información, como mecanismos o herramientas que hacen posible condiciones de participación y proximidad ciudadana en los procesos gubernamentales, y que definen nuevos canales de relación y de comunicación entre el Estado y los actores sociales que dejan de ser particulares o administrados para convertirse en garantes de una adecuada toma de decisiones.

Cuando se amplía la actividad social del Estado, se va generando una demanda de administración eficiente de amplias proporciones, la implementación de *nuevas políticas en diseño no*

modificarán la realidad si no existe suficiente capacidad de gestión para ejecutarlas con efectividad.⁴⁶⁶

Se le pide al Estado que asuma misiones nuevas, más complejas vinculadas con funciones estratégicas en la integración económica regional y subregional, la promoción de exportaciones no tradicionales, el avance de tecnologías de punta, y al mismo tiempo que desarrolle programas sociales en gran escala para los sectores más afectados por la crisis.

Se busca constituir «democracias activas», con determinados rasgos organizativos, como la transparencia absoluta de la gestión pública y el control social de la misma, con mecanismos que garanticen plenamente los derechos de los ciudadanos frente al aparato del Estado, y con conductos de intervención de los ciudadanos en la actividad estatal.

Hoy en día se plantean trabajar sobre modelos organizacionales abiertos que dejan ámbitos amplios de superposición para dar posibilidad al buen funcionamiento de proyectos interinstitucionales y a la capacidad de reestructuración rápida frente a los cambios en la realidad.

Para decidir hoy, frente al nivel de complejidad de una situación contextual en donde el sistema económico internacional se ha convertido virtualmente en una unidad, es necesario

⁴⁶⁶ Bernardo KLIKSBURG – La gerencia social en tiempos de incertidumbre.

disponer de sistemas de información en tiempo real, que produzcan ya no información masiva, sino la estrictamente estratégica para la toma de decisiones, que generen un abanico de alternativas pertinentes, que precisen probabilidades o posibles derivaciones de las diferentes alternativas de política, etc.

Dentro de esta problemática aparece el tema de la gerencia pública, con las capacidades y características necesarias para lograr la eficiencia deseable para el Estado.

Resulta claramente necesario que los cargos sean ocupados por personas con las calificaciones técnicas apropiadas, pero cuando se atraviesan problemas históricos graves es prioritario que existan niveles de conducción públicos políticamente comprometidos con el proyecto nacional.⁴⁶⁷

A nivel internacional, “la preocupación predominante en las economías desarrolladas sigue un camino totalmente diferente. Está centrada actualmente en cómo los líderes políticos elegidos por el pueblo para sus cargos de representación pueden efectivamente fijar sus directivas a la burocracia y evitar las tendencias en curso en diferentes países, donde los altos niveles burocráticos han alcanzado un poder que excede totalmente a sus

⁴⁶⁷ Bernardo KLIKSBURG , ob cit.

funciones, e invade claramente los ámbitos de poder legítimo del liderazgo político⁴⁶⁸.

La antinomia usual constituye pues una trampa paralizante. Es necesario llegar a una integración equilibrada ya que una gerencia social eficiente aparece como una condición de viabilidad fundamental para una política social avanzada.

Teniendo presente que son los derechos fundamentales de los ciudadanos, los verdaderos “fundamentos del orden político y de la paz social “, como bien establece el art. 10.1 de la CE , la visión sobre la que cabe analizar la pérdida de confianza es a partir de la incapacidad de las acciones de gobierno para optimizar la satisfacción de necesidades de las personas y la correlativa incapacidad de los ciudadanos , para organizar formas de control social y de análisis de la conducta pública que mejore los procesos de integración social ,y donde los derechos fundamentales dejen de ser principios abstractos y se afiancen en el tejido social como realidades concretas.

Un adecuado marco legal que norme la transparencia y la rendición de cuentas permite transparentar la gestión pública, dar acceso a los ciudadanos a información pertinente, y tenderá a

⁴⁶⁸ Investigación efectuada por una Comisión Parlamentaria creada por la Cámara de los Comunes del Canadá.

fortalecer la confianza en las instituciones, en base al conocimiento de su funcionamiento y resultados.

En el planteo de la responsabilidad de la administración pública, a la exigencia de una ley que contenga los presupuestos mínimos, habría que complementarla con la fijación de *estándares de funcionamiento exigibles* tanto en el procedimiento administrativo como en la instrumentación normativa de una política pública. De esa forma si hay incumplimiento injustificado o exceso en los estándares exigibles, habrá correlativa atribución de responsabilidad.

Mediante la fijación normativa de los estándares de eficacia, se eliminan los márgenes de subjetividad en la apreciación y se satisfacen las exigencias de seguridad jurídica que impone el artículo 9.3 de la C.E. El establecimiento mediante una norma de esos estándares permite además objetivar la cuantificación económica del resultado lesivo.

Se confirma con lo dicho, la hipótesis de trabajo en cuanto *La eficacia es un principio general del Derecho Administrativo que afecta a las políticas públicas.*

Ello así, en atención a que:

a) La acción de control permite una mirada a la gestión de las políticas públicas con el objetivo básico de propender a la eficacia, eficiencia y mejora de los recursos públicos.

b) El abordaje de las políticas públicas sería incompleto, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, si no tomara en cuenta la eficacia.

c) Los resultados de la aplicación de los controles que se ejercieron históricamente sobre las cuentas públicas llevaron a la conclusión que los de tipo formal no satisfacían la exigencia de alcanzar niveles de eficacia en la gestión pública. Se debe propender a la “juridificación” de toda la actividad administrativa, fruto de la irradiación del principio de legalidad y en el contexto del Estado Social de Derecho, expreso en España e implícito en Argentina, como articulación jurídica del Estado social. A ello también ayudan nociones basales como la de la “fuerza normativa de la Constitución”, que sustentan la irradiación de la Constitución a todas las ramas del ordenamiento.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ Como señala BERNAL PULIDO, ob cit. pág. 258, “El nexo entre el individuo y el Estado se construye sobre la idea de que el ejercicio del poder político por parte de la organización estatal, se legitima por la necesidad de preservar los derechos fundamentales del individuo.

d) Desde el control público, se deben buscar herramientas que pongan énfasis en la necesidad de mejorar los resultados de su acción. En este sentido, la experiencia de la Red⁴⁷⁰ Federal de Control Público en la Argentina es una nueva manera, articulada y federal, de extender un control más eficaz que atienda a las particularidades de cada región y se encuentre al servicio de una mejor gestión pública.

e) La pregunta central de las políticas públicas es: ¿qué producen quienes nos gobiernan, para lograr qué resultados, a través de qué medios? Por eso el tratamiento de las políticas públicas, exige la comprensión temática desde su aparición y desarrollo y en ese contexto se las enmarcó.

f) El Estado social de derecho, supone una dimensión constitucional y objetiva de los derechos fundamentales y que a su vez, los derechos a la obtención de las prestaciones públicas, *son mandatos de acción positiva*.

⁴⁷⁰ Joan PRATS CATALÁ en Estudios para la Reforma de la Administración Pública, Antoni BAYONA I ROCAMORA Carmen ROMÁN RIECHMANN Amador ELENA CÓRDOBA Fernando SÁINZ MORENO (Director) Germán FERNÁNDEZ FARRERES Miguel SÁNCHEZ MORÓN Juan JUNQUERA GONZÁLEZ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR Juan José LAVILLA RUBIRA Santiago SEGARRA TORMO Joan PRATS CATALÁ Francisco Javier VELÁZQUEZ LÓPEZ Manuel REBOLLO PUIG Reyes ZATARAIN DEL VALLE- Instituto Nacional de Administración Pública –MADRID- 2004, pág. 90 expresa “De hecho, o La red sirve para resolver problemas de acción colectiva que los modos de gobernación jerárquicos no alcanzan o la red y la gobernanza carecen de fundamento”.

g) Cada etapa de las políticas públicas cuenta con su especificidad: la *etapa de la formulación* de las políticas públicas, es decir, la negociación en la *arena política*, la definición de los objetivos y los aspectos legales, etc. Luego, sucede la *implementación y la medición de los efectos* de las políticas. En las tres fases, debe existir participación ciudadana para generar conocimientos sobre el proceso social.

h) El Derecho Administrativo tiene una singular razón de ser, dada por el necesario equilibrio que debe existir entre la potestad estatal y la garantía de los derechos de los administrados, muchos de los cuales hoy gozan en la mayoría de los ordenamientos con alcurnia constitucional. Hoy se concibe al Derecho Administrativo como un derecho del poder para la libertad, o sea, para la realización de los derechos fundamentales, en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho.

i) Las nuevas concepciones del Derecho Administrativo han puesto el acento no sólo en el sometimiento a la legalidad formal, sino en el otorgamiento de prestaciones propias de la fase del Estado Social y democrático de Derecho.

j) Conceptualizamos que el interés público coincide con el interés común de todos los ciudadanos y lo consideramos la esencia de la institución de la discrecionalidad, pues entendemos que La discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público.

k) Destacamos la dificultad de hallar la solución justa –en términos de verificar cumplido el interés público-, es lo que obliga a conceder a la Administración un margen de apreciación ("margen de confianza", "amplitud de criterio", en palabras de la Jurisprudencia) dentro de cuyos límites debe admitirse como válida la decisión administrativa.

l) Confirmamos como expresa García de Enterría que la esencia de la institución de la discrecionalidad es el interés público. La discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión libre de un detallado condicionamiento previo y sometida sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso.

ll) Sobre los principios dijimos que darán lugar a las normas jurídicas, que sintetizan las ideas que del derecho posee una determinada sociedad, expresada en un momento dado, toda vez que el derecho, como toda ciencia social, es cambiante, mutable, cíclico, dado su carácter social.

m) Que se ha configurado un nuevo paradigma en el Derecho Administrativo en España, a partir de la sanción de la Constitución de 1978 (tal como aconteciera en Alemania con la Ley Fundamental de Bonn), ya que ella ha conformado un “Derecho Administrativo Constitucional” o “Derecho constitucional

concretizado” (WERNER), cuyos principios liminares están asentados en la propia norma de base.

n) Consecuentemente, los principios generales del Derecho Administrativo constituyen una guía indispensable de orientación para la formulación, diseño, implementación y control⁴⁷¹ de las políticas públicas. A su vez ayudan a la interpretación y aplicación de un derecho en permanente movilidad y transformación como el Administrativo.

ñ) La legalidad, la razonabilidad, la proporcionalidad y otras directrices más, son comunes a la experiencia jurídica argentina y española. Cabe resaltar, como talante más actual, a la juridicidad, con las implicaciones de la tutela judicial efectiva que concretiza

⁴⁷¹ El Dr. SANTAMARIA PASTOR, en Estudios para la Reforma de la Administración Pública- Instituto Nacional de Administración Pública -Madrid- 2004, pág. 179, plantea el tema del control diciendo que *“Tradicionalmente, dicha sujeción a controles fue considerada como una consecuencia natural de los importantes poderes que ostentaba la Administración y de su sometimiento al ordenamiento jurídico: de ahí que la idea de control se haya asimilado de manera intuitiva con las técnicas de revisión interna de la legalidad (recursos administrativos) y de enjuiciamiento ex post de su actividad por órganos independientes, jurisdiccionales o no. Pero esta asimilación incurre en un notorio reduccionismo, por cuanto las necesidades de control de la Administración no traen causa solamente de aquellas circunstancias”*. Claramente, las causas y consecuencias que se derivan del control sobre todo en materia de políticas públicas son amplísimas, de hecho he tenido oportunidad de verificar desde el Control Público, la importante aportación que el Control interno hace sobre la instrumentación de las políticas públicas en especial sobre la previsión acerca de la incidencia que la medida a adoptar vaya a tener sobre los intereses de terceros.

el contencioso-administrativo, y el respeto a los derechos fundamentales.

o) El procedimiento administrativo no puede erigirse en un obstáculo a la gestión del bien común, porque él es la esencia, el elemento ordenador y sistematizador de la actividad estatal encaminada a su gestión directa e inmediata. *Pero tampoco es posible concebir la eficacia al margen de la juridicidad*, puesto que la antijuridicidad es una variante de la ineficacia, que demuestra la frustración del actuar administrativo en el cumplimiento de su misión.

p) Sostuvimos que llevados al plano de los poderes, los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan al Estado y a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas.

q) Con fuerte apoyo doctrinario dijimos que la seguridad jurídica no podía hallarse sino en la continuidad del derecho, y esa continuidad ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando enérgicamente que la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes.

r) Corresponde deslindar conceptualmente la eficacia de la eficiencia, dado que la primera está vinculada a la organización administrativa y a la obtención de resultados, mientras que la segunda es una noción prevalentemente económica;

s) Dentro de la canasta axiológica reseñada, sobresale el principio de eficacia, que repercute de especial modo a lo largo de todo el proceso que conlleva una política pública, en especial en la medición de sus resultados.

t) La eficacia no debe ser vista como parte de una “huída” del Derecho Administrativo (tal como algunos lo postularon en la década de los noventa), pues es en la “vuelta al Derecho Administrativo” donde la eficacia como principio adquiere su verdadero talante.

u) No puede ser desentendida la eficacia de su matriz constitucional, a riesgo de extraviarla como mera técnica de gerenciamiento.

v) La eficacia tiene que ver con la “buena gobernanza” y forma parte de la construcción del derecho posmoderno, con un fuerte énfasis en los parámetros de racionalidad.

w) La eficacia se proyecta al campo jurisdiccional y procesal, cuando se reclama tutela judicial “efectiva” y recursos “eficaces”, e incluso en el de la legislación, cuando se entra al estudio de la

razonabilidad y de la adecuación entre el medio elegido y el fin perseguido.

x) La eficacia cabe exigírsela a la Administración Pública (art.103.1 C.E.), pero también a los otros poderes del Estado (p.ej., cuando se exige que la tutela judicial sea *efectiva*, art. 24, C.E.)

y) Frente a esta problemática, la función que el juez desempeña es la de mantener el equilibrio social a través de las diferentes formas de justicia, cuya realización se alcanza utilizando el mayor margen de libertad que le permite la recurrencia a los principios generales del derecho, incluso para construir nuevas soluciones jurídicas no previstas en el ordenamiento.

z) La eficacia trae aparejados complejos procesos de medición de resultados a través de indicadores, lo cual conlleva una nueva visión de la responsabilidad de los agentes públicos, más acorde con las necesidades y requerimientos de la administración contemporánea.

TESIS

En el contexto del Derecho Administrativo como Derecho Constitucional concretizado, el principio de eficacia, logra adecuadamente enmarcar a las políticas públicas que despliega el Estado, en su función institucional de servicio objetivo a los intereses generales, sobre todo en su faz de medición, amén de las previas de elaboración e implementación.

La utilización de instrumentos que se derivan del principio de eficacia tales como la responsabilidad objetiva ,el acceso a la información y herramientas de gestión del control desde el estado como es el caso de la Red Federal de Control Público, hace que las políticas públicas, sobre todo en el campo de la Administración Prestacional, se tornen operativas.

Un Estado Eficaz es un Estado Inteligente que aprovecha los principios del derecho administrativo incorporándolos a las políticas públicas en su implementación y desarrollo y los monitorea y verifica cumplidos en la etapa de control concomitante con la gestión. Es la idea que hemos expuesto en este trabajo, y es el hilo conductor que ha definido y determinado la doctrina interdisciplinaria y bibliografía analizada para validarlo.

BIBLIOGRAFÍA

1. AA.VV., *“Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo”*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009.
2. AA.VV., *“Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público”*, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2000.
3. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *“El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el estado social constitucional”*, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2006.
4. ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian y FERRAJOLI, Luigi, *“Los derechos sociales como derechos exigibles”*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
5. AGUADO I CUDOLA, Vicenc, *“Silencio Administrativo e Inactividad – Limites y técnicas alternativas”* –Marcial Pons-Madrid 2001.
6. AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., *“El Estudio de las Políticas Públicas”*, 2da reimpresión abril 2007 – Editorial Porrúa- México 2007.

7. ALBERDI, Juan Bautista, *“Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”*, 4ta reedición revisado por Francisco Cruz, Editorial Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1928.
8. ALBERDI, Juan Bautista, *Obras completas de J. B. Alberdi*, t. V, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, p. 148, Buenos Aires, 1886
9. ALCANTARA SAEZ Manuel, *“Sistemas políticos en América latina”* –Volumen primero América del Sur, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
10. ALEXY, Robert, *“Derechos Sociales y ponderación”* – Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
11. ALEXY, Robert, *“Teoría de los derechos fundamentales”* (trad. Española), Madrid, 1993.
12. ALFORD, Robert y FRIEDLAND Roger, *“Los poderes de la teoría. Capitalismo, estado y democracia”*, Editorial Manantial, Buenos Aires, 1991.
13. ALLÉGRE, Claude, *“La sociedad vulnerable. Doce retos de política científica”*, Editorial Paidós, Barcelona, 2007.
14. ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *“Derecho Administrativo y Globalización”*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

15. ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *“La construcción del concepto de Derecho Administrativo Español”*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
16. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio, *Informe: “La regulación de las migraciones laborales en tiempos de crisis”*, Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Sumario del Nº 2, Ed. Portal Derecho S.A., Iustel, Madrid, febrero 2009.
17. ANANIAS Patrus y FREI Betto, *“Um projeto de nacao”*, Forum Social Mundial 2005, Conselho Nacional de Segurança alimentar e nutricional, Brasília, 2005.
18. APARICIO, Miguel A. (Editor), *“Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía”*, Atelier, Barcelona, 2003.
19. ARIÑO ORTIZ Gaspar, *“La indemnización en las nacionalizaciones”*, Revista de la Administración Pública (RAP) Nº 100- 102, Madrid, enero - diciembre 1983, pág. 2789
20. ARIÑO ORTIZ Gaspar, *“Descentralización y planificación”*, Colección "Estudios de administración local", Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972.

21. ARIÑO ORTIZ Gaspar, *“La administración institucional. Origen y personalidad”*, Instituto de Estudios de Administración (IEA), Madrid, 1969.
22. ARIÑO ORTIZ Gaspar, *“Leyes singulares, Leyes de Caso Único”*, Revista de Administración Pública (RAP) N°118, Madrid, enero-abril 1989.
23. BALLART, Xavier, *“Innovación en la gestión y en la empresa privada”*, Editorial Díaz de Santos, Madrid, 2001.
24. BAUCCELL I LLADOS, Joan y VERNET I LLOBET, Jaume (coordinadores), *“La prevención y el control integrados de la contaminación”*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
25. BELL, Daniel, *“Las contradicciones culturales del capitalismo”*, versión española de Néstor A. Miguez, Alianza Editorial Mexicana, México, 1977.
26. BELLO KNOLL, Susy Inés, *“Fundaciones Públicas”*, Trabajo de Grado, Universidad de Salamanca, 2009.
27. BELLO KNOLL, Susy Ines, *“Fideicomiso Público”*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2010.
28. BELTRÁN JARAMILLO Jesús Mauricio, *“Indicadores de gestión”*, 3 R editores, Santafé de Bogotá, Colombia, 2004.

29. BERNAL PULIDO, Carlos, *“El principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3era edición, Madrid, 2007.
30. BIDART CAMPOS Germán J., *“Historia e Ideología de la Constitución Argentina”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1969.
31. BIDART CAMPOS, Germán J., *“Derecho Político”*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1962.
32. BIDART CAMPOS, Germán J., *“El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.
33. BIDART CAMPOS, Germán J., *“El orden socio-económico en la Constitución”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999.
34. BIDART CAMPOS, Germán J., *“El Poder”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985.
35. BIDART CAMPOS, Germán J., *“El Régimen Político (De la “politeia” a la “res publica”)”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1979.

36. BIDART CAMPOS, Germán J., *“Las transformaciones constitucionales en la posmodernidad”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1999.
37. BIDART CAMPOS Germán J., *“Manual de la Constitución Reformada”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1996. Tomo III
38. BIDART CAMPOS, Germán J., *“Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo VI: La Reforma Constitucional de 1994”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.
39. BIDART CAMPOS, Germán J., *“Derecho constitucional”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993, Tomo II.
40. BIELSA Rafael, *“Principios de Derecho Administrativo”*, Legislación administrativa argentina, 2da edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949
41. BIELSA, Rafael, *“Derecho Administrativo”*, Legislación administrativa argentina, 4ta edición, Editorial Ateneo, Buenos Aires, 1947, Tomo I y Tomo IV.
42. BILBAO, Juan María; REY, Fernando y VIDAL, José Miguel, *“Lecciones de Derecho Constitucional I”*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

43. BLANCO GASCO, Francisco P., *“La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia, y cambio de criterio)”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
44. BLANQUER David, *“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”*, Ponencia Especial de Estudios del Consejo de Estado, Serie Administración General. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1997.
45. BOBBIO, Norberto, *“El tiempo de los derechos”*, Sistema Editorial S.A., Madrid, 1991.
46. BOBBIO, Norberto, *“Igualdad y libertad”*, Editorial Paidós, Barcelona, 1993.
47. BOSCH Jorge Tristán, *“Tribunales Jurídicos o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública”*, Tesis doctoral publicada en Zavalía Editorial, Buenos Aires, 1951.
48. BOYER, Robert, *“La Teoría de la Regulación: un análisis crítico”*, Editorial Humanitas, Buenos Aires, 1988.
49. BURKE, John P., *“Responsabilidad Burocrática”*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994.

50. CABALLERO SANCHEZ Rafael, *“Infraestructura en red y liberalización de servicios públicos”*, Colección Estudios, Ministerio de las Administraciones Públicas, INAP, Madrid, 2003.
51. CALSAMIGLIA, Alberto, *“Racionalidad y eficiencia del derecho”*, Editorial Fontamara, México, 1993.
52. CALVO VIDAL, Félix, *“La jurisprudencia, ¿fuente del Derecho?”*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1992.
53. CARLSON, Ingrid and PAYNE J. Mark, *“Estudio comparativo de estadísticas de empleo público en 26 países de América Latina y el Caribe”*, Diálogo Regional de Política, BID, 2002.
54. CARMONA O Angélica María, *“Visión cibernética de los sistemas de control de gestión”*, Memos de Investigación No. 240. Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, 1996. www.uniandes.edu.co
55. CARNOTA, Walter F., *“Instituciones de Derecho Público”*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.
56. CARNOTA, Walter F., *“Globalización de derechos fundamentales”*, publicación: biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/12.pdf.

57. **CARNOTA, Walter F., “La Regulación Económica desde la Perspectiva del Derecho Constitucional de Argentina, España y los Estados Unidos“, en LINARES MARTINEZ, Aurilivi, y SADDY, A. (Coordinadores), ESTUDOS SOBRE REGULACAO E CRISIS DOS MERCADOS FINANCIEROS, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2011**
58. **CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983. Tomo I**
59. **CASSAGNE, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Lexis Nexis- Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 8va edición, 2006. Tomo I**
60. **CASSAGNE, Juan Carlos, “La intervención administrativa”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.**
61. **CASSAGNE, Juan Carlos, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos” – Comentada y Anotada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1er edición 2009.**
62. **CASSAGNE, Juan Carlos, “Los principios generales del Derecho Administrativo”, El Derecho (ED), Buenos Aires, 5 de noviembre de 2008.**
63. **CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, 1º edición, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.**

64. CASSAGNE, Juan Carlos, Director “ *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*” Tomo II - 1ª edición , La Ley, Buenos Aires , 2007.
65. CASSESE, Sabino, “*La globalización jurídica*”, Marcial Pons e INAP, Madrid 2006.
66. CEPAL, IPEA, PNUD, “*Meeting the Millennium poverty reduction targets in Latin America and the Caribbean*”, Santiago de Chile. 2003
67. CHIOVENDA Giuseppe, “*Ensayos de derecho procesal civil*”, traducido por Santiago Sentís Melendo, Colección Ciencias del proceso, Vol. 1- 2, Editorial Bosch y Cía, Buenos Aires, 1949.
68. CHOMSKY, Noam, “*Política y Cultura a finales del Siglo XX*”, Editorial Ariel, Buenos Aires, 1995.
69. CIANCIARDO, Juan, “*Los fundamentos de la exigencia de la razonabilidad*”, en CIANCIARDO, Juan (Coordinador), “*La interpretación en la era del neoconstitucionalismo (Una aproximación interdisciplinaria)*”, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2006.
70. CLARIA OLMEDO, Jorge, “*Derecho procesal Penal*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982, Tomo I.

71. CLAVERO AREVALO, Manuel, *“Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal”*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, noviembre de 1952, pág. 54 y ss.
72. CLAVERO AREVALO, Manuel, *“La doctrina de los principios Generales del Derecho y las lagunas del Ordenamiento Administrativo”*, en Revista de Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, año III, N° 7, Madrid, enero-abril de 1952, pág. 51 y ss.
73. COMADIRA, Julio Rodolfo, *“Elementos de Derecho Administrativo”*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005.
74. COURTIS, Christian, *“Derechos Sociales, Ambientales y Relaciones entre Particulares (Nuevos Horizontes)”*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.
75. CUCHILLO FOIX, Montserrat, *“Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)”*, Editorial Civitas, Madrid, 2006.
76. CUÉTARA MARTÍNEZ Juan Miguel, *“Introducción a los servicios locales, tipos de prestación y modalidades de gestión”*, Serie: Administración, Colección: Estudios

Territoriales, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

77. DAHRENDORF, Ralf, *“Las oportunidades de la crisis”*, Unión Editorial, Madrid, 1983.
78. DAVID, Pedro, *“Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2001.-
79. DE GIOANNIS, Gianquinto, *“Corso di diritto Pubblico Amministrativo”*, vol. III Tipografia Editrice dell’ Associazione, Firenze, 1877- 81.
80. DEL CAMPO GARCÍA Maria Esther y SÁNCHEZ REINÓN Manuel: Ponencia en el II Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas (GIGAPP) *“Procesos de cambio en los subsistemas multinivel de políticas públicas de atención a la dependencia en España. Una aproximación desde el enfoque de “coaliciones promotoras”*. Madrid 11 de julio de 2011, consultada en www.gigapp.org .
81. DEL SAZ CORDERO, Silvia, *“La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones: aplausos y críticas”*, Revista de la Administración Pública (RAP), N° 133, España, 1994, pág. 57-98, www.dialnet.unirioja.es

82. DÍAZ, Clemente A. *“Instituciones de Derecho Procesal”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972. Tomo II.
83. DÍAZ MARTÍNEZ, Capitolina, *“Las razones sociales de la acción positiva”*, Revista Documentación social Nº 105, Madrid, 1996, pág. 93 a 111.
84. DIAZ RICCI, Raúl Marcelo, *“Relaciones Gubernamentales de Cooperación”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.
85. DIETRICH Jesch, *“Ley y administración - Estudio de la evolución del principio de legalidad”*, traducido por Manuel Heredero, Instituto de Estudios Administrativos, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1978.
86. DOMINGUEZ- BERRUETA DE JUAN, Miguel, *“Incumplimiento en la concesión de servicios públicos”*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1981.
87. DROR, Yehezkel, *“Salir del paso, ¿ciencia o inercia?”*, en AGUILAR VILLANUEVA, Luis (comp.) *“La hechura de las políticas”*, Editorial Porrúa, México, 1996.
88. DRUCKER, Peter *“The Age of Discontinuity”*, en OSBORNE y GAEBLER, *“La Reinención del Gobierno”*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1994.

89. DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, *“Una aproximación comparada a las acciones positivas (El caso de Italia, Noruega y Argentina)”*, en Anales de la cátedra Francisco Suárez, Nº 34, Universidad de Granada, 2000. www.ugr.es
90. DWORKIN, Ronald, *“Ética Privada e Igualitarismo Político”*, Editorial Paidós, Barcelona, 1993.
91. ECO Humberto, *“Como se hace una tesis”*, Gedisa editorial – 9ª. reimpresión, España, 2007.
92. EMBID IRUJO Antonio, *“Ordenanzas y reglamentos municipales en el derecho español”*, Estudios de Administración General, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1978.
93. EMBID IRUJO, Antonio (Director), *“Derechos Económicos y Sociales”*, IUSTEL, Madrid, 2009.
94. ESTACHE, Antonio, FOSTER Viven, WODON Quentin, *“Accounting for poverty in infrastructure reform”*, The World Bank, 2002.
95. ETZIONI, Amitai, *“La explotación combinada: Un tercer enfoque para la toma de decisiones”*, en AGUILAR VILLANUEVA Luis, *“La Hechura de las Políticas”*, Editorial Porrúa, México, 1996.

96. EVANS Peter, *“El hibridismo como estrategia administrativa: Combinando la capacidad burocrática con las señales de mercado y la democracia deliberativa”*. Basado en la presentación ante el VII Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y de la Administración Pública, celebrado en Lisboa, Portugal, del 8 al 11 de octubre de 2002. Traducido del inglés por Sonia Sescovich. Título original: *“Hybridity as an Administrative Strategy: Combining Bureaucratic Capacity with Market Signals and Deliberative Democracy”*. Publicado en la Revista del CLAD, Reforma y Democracia. No. 25. Caracas. Feb. 2003. www.onsc.gub.uy
97. FERNANDEZ GARCIA María Yolanda, *“Estatuto Jurídico de los servicios esenciales económicos en red”*, Ciudad Argentina e INAP, Madrid / Buenos Aires, 2003.
98. FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *“El Sistema Constitucional Español”*, Dykinson, Madrid, 1992.
99. FERNÁNDEZ Tomás R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
100. FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *“Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor”*, en N° 15-16 de REDA, Argentina, pág. 511 y ss.

101. FERNANDEZ, Tomás Ramón, *“Alcance del control judicial de las políticas públicas”*, Capítulo VI, Revista Jurídica de Buenos Aires 2004, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires. 2005.
102. FERRE Aldo, *“La economía argentina”*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2da edición, 1990.
103. FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *“Lecciones iniciales de la crisis”*, 6/2/09.
104. FRIAS, Pedro José (Coordinador) y otros, *“La Constitución de Córdoba comentada”*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.
105. GALLOPIN, Gilberto C. *Proyecto: “Evaluación de la sostenibilidad en América Latina y El Caribe”(ESALC) - División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos Humanos (CEPAL) Taller Nacional en Indicadores de Desarrollo Sostenible Ministerio de Salud, Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable Buenos Aires, 14 de julio de 2004. www.2medioambiente.gov.ar*
106. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *“Democracia, Jueces y Control de la Administración”*, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

107. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2006.
108. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa”*, Editorial Alianza, Madrid, 1994.
109. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *“Problemas del derecho público a comienzos de siglo”*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.
110. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *“Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial”*, Editorial Civitas, Madrid, 3era edición, 1998.
111. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el derecho Español”*, Editorial Civitas, Madrid 2005.
112. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *“Revolución Francesa y Administración Contemporánea”*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
113. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y CLAVERO AREVALO Manuel, *“El derecho público de finales de siglo (Una perspectiva iberoamericana)”*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

114. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Editorial Thomson-Civitas y La Ley, Buenos Aires, 2006. Tomo I
115. GARCIA MACHO Ricardo, *“Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda”*, Estudios de derecho público, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1982.
116. GARCÍA Palacios, Omar, *“Las Políticas Públicas: Productos del Sistema Político. Nicaragua.”*. En <http://www.ciudadpolitica.com>
117. GARCIA PELAYO, Manuel, *“Las transformaciones del Estado contemporáneo”*, Alianza Editorial, Madrid, 1982.
118. GARCIA TREVIJANO Antonio, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Madrid, 1974, Tomo I.
119. GARRIDO FALLA, Fernando, *“Sobre derecho Administrativo y sus ideas cardinales”*, Revista de Administración Pública (RAP), N° 7, 1952, pág. 11- 50.
120. GAUDEMET, Paul Marie, *“La eficacia en el servicio civil británico”*, Revista de Administración Pública (RAP), N° 11, mayo/agosto 1953. www.revistascepc.es

121. GELLI, María Angélica, *“Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”*, Editorial La Ley S.A., Buenos Aires, 3ra. Edición, agosto 2007.
122. GIDDENS, Anthony, BAUMAN, Zygmunt, LUHMANN, Niklas, BECK, Ulrich, *“Las consecuencias perversas de la modernidad”*, Anthropos, Barcelona, 1996.
123. GIMÉNEZ GLUCK, David, *“Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
124. GOMÁ, Ricard y SUBIRATS, Joan, *“Políticas públicas en España: contenidos, redes de actores y niveles de gobierno”*, Editorial Ariel S.A., 1998, pág. 13-36 y 365-406.
125. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *“Derecho Administrativo Español”*, Colecciones jurídicas, EUNSA, Pamplona, 1º edición 1987.
126. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo”*, Civitas y Thomson-Reuters, Navarra, 2009.

127. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, y CASSAGNE, Juan Carlos, *“La justicia administrativa en Iberoamérica”*, Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
128. GORDILLO, Agustín, *“Tratado de derecho administrativo - Tomo I: parte general”*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 5a. y 8a.edición, 1998 y 2003, respectivamente.
129. GUNTHER, Richard, *“El impacto del cambio de régimen sobre las políticas públicas: el caso de España”*. Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nº 9, España ,1997, pág. 3-28.
130. GUERRERO LECONTE, Víctor A. y PODETTI, José Ramiro, *“Tratado de la competencia: principios y normas generales”*, Editorial Ediar Buenos Aires, 2º edición actualizada 1973.
131. HÄBERLE, Peter, *“Nueve Ensayos Constitucionales y una Lección Jubilar”*, Editorial Palestra, Lima, 2004.
132. HABERMAS, Jürgen, *“Aclaraciones de la ética del discurso. Tiempo de transiciones”*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

133. HABERMAS, Jürgen, *“Identidades Nacionales y Postnacionales”*, traducción Manuel Jiménez Redondo. Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007.-
134. HABERMAS, Jürgen, *“Teoría de la Acción Comunicativa, Vol. II”*, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo, Editorial Taurus humanidades, España, cuarta edición, junio 2003.
135. HAYEK Friedrich A, *“Camino de Servidumbre”*, Ciencia Política Alianza Editorial, Madrid, Ed. 1978.
136. HEADY, Ferrel, *“Administración Pública: Una perspectiva comparada”*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
137. HEREDIA Blanca, *“La economía política de la creación de servicios civiles de carrera. La experiencia de México en los años 90”*, CIDE, México, 2002.
138. HERNANDEZ MARTINEZ, María del Pilar, *“Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos”*, UNAM, México, 1997.
139. HERRERO DE MIÑÓN, Miguel, *“La dinámica de una Constitución abierta”*, en AA.VV., *“Veinte años después. La Constitución cara al siglo XXI”*, Taurus, Madrid, 1998.

140. HESSE, Konrad, *“Escritos de Derecho Constitucional”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
141. IBARÓMETRO, *“Democracy and Economy”*, LatinBarómetro 2003. Santiago de Chile. 2003.
142. ILDARRAZ, Benigno y otros, *“Derecho Constitucional y Administrativo”*, Ediciones Educor, Córdoba, 1999.
143. INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *“Estudios para la Reforma de la Administración Pública”*, Antoni BAYONA y ROCAMORA Carmen, ROMÁN RIECHMANN Amador, Elena CÓRDOBA, Fernando SÁINZ MORENO (Director) Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, Juan JUNQUERA GONZÁLEZ, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, Juan José LAVILLA RUBIRA, Santiago SEGARRA TORMO, Joan PRATS CATALÁ, Francisco Javier VELÁZQUEZ LÓPEZ, Manuel REBOLLO PUIG, Reyes ZATARAÍN DEL VALLE, Madrid, 2004.
144. IVANEGA, Miriam Mabel, *“Principios de la Administración Pública”*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2005.
145. JONG-SUNG You and KHAGRAM Sanjeev, *“Inequality and corruption”*, Faculty research working papers series,

John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2004.

- 146. JORDANO FRAGA, Jesús, “Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos fundamentales”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.**
- 147. KANT, Immanuel, “*Introducción a la teoría del Derecho*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1978.**
- 148. KELSEN, Hans, “*Teoría general del Derecho y del Estado*”, traducido por García Márquez, México, 1950.**
- 149. KLIKSBERG, Bernardo, “*Gerencia pública en tiempos de incertidumbre*”, INAP, España, 1992.**
- 150. KLIKSBERG Bernardo, “*Más ética, más desarrollo*”, Editorial Temas, Buenos Aires, 2da edición 2004.**
- 151. KLIKSBERG, Bernardo (Compilador), “*Pensamiento Social Estratégico. Una mirada a los desafíos sociales de América Latina*”, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.**
- 152. KLIKSBERG, Bernardo y SEN Amartya, “*Primero la Gente*”, Ediciones Deusto, España, 2007.**

153. KLIKSBURG, Bernardo, “*¿Cómo transformar el Estado?. Más allá de mitos y dogmas*”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1989.
154. KLIKSBURG, Bernardo, “*Empresas: de la filantropía a la responsabilidad social*”, diario Clarín, Suplemento iEco. Buenos Aires, 20/9/07.
155. KLIKSBURG, Bernardo, “*Hacia una Economía con Rostro Humano*”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, cuarta edición, 2004.
156. KLIKSBURG, Bernardo, “*Toward and intelligent state*”, International Institute of Administrative Sciences, OAS, United Nations, Brussels, New York, 2001.
157. KRUGMAN, Paul, “*A country is not a company*”. Harvard Business Review, January-February 1996.
158. LA NACIÓN, “*Informe de resultados sobre el retiro voluntario del personal de la Administración Pública*”, Buenos Aires, 9 de Abril 2001.
159. LAMBSDORFF, Johann Graf, “*Transparency International 2001. Corruption perceptions index*”, in HODES, Robin, BANFIELD, Jessie and WOLFE, Toby (comps.) Global Corruption Report 2001.

160. LANDA ARROYO, César, *“Tribunal Constitucional y Estado Democrático”*, Editorial Palestra, Lima, 2003.
161. LASCANO, David, *“Jurisdicción y Competencia”*, Editorial Kraft, Buenos Aires, 1941.
162. LASSWELL, Harold D., *“La concepción emergente de las ciencias políticas”*, en AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. *“El estudio de las políticas públicas. Primera Antología”*. Miguel Ángel Porrúa, México, 1996.
163. LEGUINA VILLA, Jesús, *“Principios generales del Derecho y Constitución”*, Revista de Administración Pública (RAP), No. 114, septiembre/diciembre de 1987.
164. LEVENE Ricardo, *“Lecturas Históricas Argentinas”*, Belgrano, Buenos Aires, 1978.
165. Libros y revistas 50 años 1958-2008- CD-Rom Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
166. LINARES, Juan Francisco, *“Razonabilidad de las Leyes”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2da edición, 1970.
167. LINDBLOM, Charles *“La ciencia de salir del paso”* en Aguilar Villanueva, Luis, *“La Hechura de las Políticas”*, Ed. Porrúa, México 1996.

168. LIPSET, Seymour Martin, “El hombre político. Las Bases Sociales de la Política”, EUDEBA, Buenos Aires, 1963.
169. LOEWENSTEIN, Karl, “*Teoría de la Constitución*”, Editorial Ariel, Barcelona, 1979.
170. LORENZETTI, Ricardo Luis, “*Teoría de la Decisión Judicial. (Fundamentos de Derecho)*”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires y Santa Fe, 2006.
171. LORENZETTI, Ricardo Luis, “*Teoría del Derecho Ambiental*”, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 2008.
172. LÓPEZ GONZÁLEZ José Luis, “*A propósito de la STC 66/1995, de 8 de mayo, en torno a los límites al derecho de reunión*”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 48, Madrid, 1996.
173. LUCAS VERDU, Pablo, “*Introducción al derecho político. Las transformaciones sociales del Derecho Político actual*”, Publicaciones del Real Colegio Español de Bolonia, Barcelona, 1958.
174. LUKES, Steven, “*El poder. Un enfoque radical*”, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1° edición en castellano 1985, pág.1-27 y 60-79.

175. MAC ADAM, Dough, MAC CARTHY John y ZALD, *“El acceso a la agenda pública y a la agenda del gobierno: medios de comunicación y sistemas electorales en Movimientos Sociales. Perspectiva Comparada”*, Ediciones Istmo, Madrid, España, 1999.
176. MACEDO, Roberto, *“Privatization and the distribution of assets in Brazil”*. Carnegie endowment for international peace, working paper N° 14, Washington DC, 2000.
177. MAGIDE HERRERO Mariano, *“Límites constitucionales de las administraciones independientes”*, Colección Estudios, Ministerio de las Administraciones Públicas, INAP, Madrid, 2000.
178. MAITO, Miguel Ángel, *“Reformulación de las instituciones para la eficacia del MERCOSUR en la integración económica”*, La Ley y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2011.
179. MALLABY, Sebastián, *“Big government again”*, The Washington Post, June 14. 2004
180. MARCH, James G. y OLSEN, Johan P. *“Elección organizativa en condiciones de ambigüedad”*, en BALLART, Xavier (eds.) *“Teoría de la organización: la dinámica organizativa: las últimas tendencias”*. Ministerio

de las Administraciones Públicas, España, 1993, pág. 247-263.

181. MARIENHOFF, Miguel S., *“Tratado de derecho administrativo. Tomo IV: limitaciones a la propiedad privada en interés público. Policía. Poder de Policía. Responsabilidad del Estado”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 6a. edición actualizada 1997.
182. MARIENHOFF, Miguel S., *“Tratado de derecho administrativo. Tomo I: teoría general”*; prólogo del Dr. Benjamín Villegas Basavilbaso, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 5a. edición actualizada 1995.
183. MARITAIN, Jaques, *“El hombre y el Estado”*, traducción Manuel Guerra, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1952.
184. MARTIN MATEO, Ramón, *“La Administración. Función Pública (La función pública del siglo XXI)”*, en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y Clavero Arévalo, Manuel (Directores), *“El Derecho Público de finales de siglo (Una perspectiva iberoamericana)”*, Civitas, Madrid, 1997.
185. MARTÍNEZ NOGUEIRA, Roberto, *“Análisis de Políticas Públicas”*, INAP, Buenos Aires, 1996.

186. MASNATTA, Héctor, *“La administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional”*, en Revista de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, año 5, N° 12-13, enero- agosto 1993, pág. 19 y ss.
187. MELIAN GIL, José Luis, *“El poder normativo del Estado. A propósito de ley y reglamento en el Derecho Español”*, El Derecho (ED), Buenos Aires, 2007.
188. MENEN, Carlos y DROMI, Roberto, *“Argentina por regiones”*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
189. MÉNY, Ives y THOENIG, Jean Claude, *“Las políticas públicas”*, traducción Salvador Del Carril, Editorial Ariel, Barcelona, 1992.
190. PFEFFER, Jeffrey, *“Comprensión del papel que juega el poder en la toma de decisiones”*, en BALLART, Xavier (eds.) *“Teoría de la organización: la dinámica organizativa: las últimas tendencias”*, Vol. II, España, 1993, pág. 61-118.
191. MINNICELLI Alessandra, *“Cuentas Claras - Instrumentos para una Administración Eficiente de los Recursos Financieros Estatales”*, SIGEN, Fundación Fidentia, Argentina, 2007.

192. MINNICELLI Alessandra, *“Principios de derecho administrativo y políticas públicas”*, Trabajo de Grado, Universidad de Salamanca, 2009.
193. MOLES, Isidre, *“Derecho Constitucional”*, Tecnos, Madrid, 1998.
194. MONTORO CHINER, María Jesús, *“La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia”*, Atelier, Barcelona, 2001.
195. MORELLO, Augusto Mario, y CAFFERATTA, Néstor, *“Visión procesal de cuestiones ambientales”*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires y Santa Fe, 2004.
196. MULLER, Pierre, *“Génesis y fundamento del análisis de políticas públicas”*, Revista de Ciencias Administrativas y Sociales, INNOVAR, Universidad Nacional de Colombia, 1998. www.revistas.unal.edu.co
197. MULLER, Pierre, *“Las políticas públicas”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
198. NAVARRO, Vicenc, *“La economía política del Estado de Bienestar”*, en www.matriz.net
199. NEVADO BATALLA - MORENO, Pedro T., *“La materialización del principio de eficacia en el Derecho*

Español: ¿utopía o realidad?, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en www.revistajuridicaonline.com

200. NINO, Carlos Santiago, ***“Ética y Derechos Humanos”***, Editorial Paidós. Buenos Aires, 1984.
201. NINO, Carlos Santiago, ***“Fundamentos de Derecho Constitucional”***, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
202. NORTH Douglass (o Douglas) C., ***“Instituciones, Cambio institucional y desempeño económico”***, Fondo de Cultura Económica /Economía Contemporánea, México, primera edición en español 1993.
203. NORTH Douglass (o Douglas) C. y THOMAS Robert, ***“El nacimiento del mundo occidental. Una nueva historia económica (900-1700)”***, Siglo Veintiuno de España Editores S.A., segunda edición en castellano 1980.
204. NOZICK, Robert y TAMAYO Rolando, ***“Anarquía, Estado y Utopía”***, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Ed. 1997.
205. NUSSBAUM, Martha C. ***“Crear Capacidades”***. Ed Piados de Adobe Digital Editions el 23 de marzo de 2012

206. NUSSBAUM, Martha C. “ *Sin fines de lucro* “.Por qué la democracia necesita de las humanidades . Katz , Madrid . Ed. 2010
207. O'DONNELL, Guillermo, en TOKMAN, Victor and O'DONNELL G., “*Poverty and inequality in Latin America: issues and new challenges*”. Notre Dame Press. 1998.
208. O'DONNELL, Guillermo, “*Estado, democratización y ciudadanía*”, en Revista Nueva Sociedad, N° 128, noviembre - diciembre 1993.
209. O'DONNELL, Guillermo, “*Apuntes para una Teoría del Estado*”, en O´OSZLAK Oscar (comp.), “*Teoría de la Burocracia Estatal*”, Editorial Paidós, Buenos Aires. 1984.
210. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), Public Management service, 2001.
211. OFFE, Claus, “*Contradicciones en el estado de bienestar*”, traducido por Antonio Escohotado, Editorial Alianza, Madrid, 1990.
212. OFFE, Claus, “*Partidos Políticos y nuevos movimientos sociales*”, Editorial Sistema, Madrid, 1997.
213. OLSON, Mancur, “*La lógica de la acción colectiva: Bienes públicos y la teoría de grupos*”, traducido por Ricardo

Calvet Pérez, Editorial Limusa S.A., Grupo Noriega Editores, México, 1992.

214. ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (Coordinadores), *“Ponderación y Derecho Administrativo”*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
215. ORTEGA, Luis, *“El reto dogmático del principio de eficacia”*, en Revista de Administración Pública (RAP) N° 713, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Enero/Abril de 1994, pág. 7 y 55.
216. OSBORNE, David y GAEBLER, Ted, *“La Reinención del Gobierno”*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1994.
217. OSZLAK, Oscar, *“La profesionalización del servicio civil en América Latina: impactos sobre el proceso de democratización”*. Trabajo elaborado en el marco del Proyecto OEA-PNUD, “La Democracia de ciudadanía: una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina”, p. 96; ISBN 978-0-8270-5387-8, Noviembre 2009.
En www.ciudadania20.org
218. OSZLAK, Oscar, O'DONNELL Guillermo: *“Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación”*. Publicado por el Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Documento G.E. CLACSO/ Nro. 4, Buenos Aires, 1981.

219. PARADA, Ramón, *“Concepto y fuentes del derecho administrativo”*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
220. PARAMIO, Ludolfo, *“Reforma del Estado y desconfianza política. Reforma y Democracia”*, 7º Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del estado y la administración pública, Lisboa, Portugal, 8-10 octubre 2002, www.ciudadania20.org
221. PAREJO ALFONSO Luciano, *“La Potestad Normativa Local”*, Marcial Pons - Madrid -1998.
222. PAREJO ALFONSO Luciano, *“Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias”*, Tecnos, Madrid, 1993.
223. PAREJO ALFONSO Luciano, *“Eficacia y administración: Tres Estudios”*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
224. PEREZ GHILLOU, Dardo (Director), *“Derecho Público Provincial y Municipal”*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 2007.
225. PEREZ ROYO, Javier, *“Curso de Derecho Constitucional”*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2005.
226. PICÓ, Josep, *“Modelos sobre el Estado de Bienestar. De la ideología a la práctica”*, en CASILDA, Ramón y

- TORTOSA, José María, *“Pros y Contras del Estado del Bienestar”*, Tecnos, Madrid, 1996.
227. PIGNA Felipe, *“Los mitos de la Historia Argentina – La construcción de un pasado como justificación de presente”*, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires, 2004.
228. PODETTI, Humberto, *“Política Social”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.
229. PODETTI, José Ramiro, *“Teoría y Técnica del Proceso Civil”*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1963.
230. POLLIT, Christopher, *“Reform of public administration: reliable knowledge and international experiences”*, OCDE. London, December 2. 2002
231. PRICE WATERHOUSE AUDITORES: Edward J. Haller , Richard E. Brown, Robert L. Clements, *“La evaluación del rendimiento operativo: Cómo establecer y administrar una auditoría integral”* – Ed. Price Waterhouse Auditores –Madrid-1985.
232. PRIETO SANCHIS, Luis, *“El constitucionalismo de los derechos”*, en CARBONELL, Miguel (Ed.), *“Teoría del Neoconstitucionalismo (Ensayos escogidos)”*, Trotta, Madrid, 2007.

233. PULIDO QUECEDO, Manuel, *“Constitución Española (con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”*, Thomson Reuters y Aranzadi, Madrid, 2009.
234. QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., *“Los órganos auxiliares y el ejercicio de la jurisdicción”*, Jurisprudencia Argentina (JA) 1980 – III – 823.
235. QUIROGA LAVIE, Humberto, *“La teoría de la organización al servicio de la teoría constitucional”*, en AA.VV., *“Constitución y constitucionalismo hoy”*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2000.
236. RAMIÓ Carles y SALVADOR Miquel, *“Instituciones y Nueva Gestión Pública en América Latina”* - Editorial Fundación CIDOB, Barcelona, 2005.
237. RAMIÓ MATAS Carles y SALVADOR Miquel, *“Documentos y aportes en administración pública y gestión estatal”*, versión on-line ISSN 1851-3727. Servicio Civil en América Latina: Reflexiones y Propuestas Tentativas, www.scielo.org.ar
238. RAMIÓ MATAS, Carles, *“Los problemas de la implementación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de estado y cultura institucional. Reforma y Democracia”*, CLAD, No 21. 2001, www.cdi.mecon.gov.ar

239. RAMON, Martin Mateo, *“El horizonte de la descentralización”*, Colección Estudios de administración local, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1969.
240. RAMON Martin Mateo, *“Eficacia Social de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa”*, Colección Estudios de Administración Local, Ministerio para las Administraciones Públicas, INAP, Universidad de Alicante, 1989.
241. RAWLS John. *“Teoría de la justicia”*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.
242. REAL FERRER, Gabriel, *“La solidaridad en el Derecho Administrativo”*, en Revista de Administración Pública (RAP), número 161, Madrid, mayo/agosto de 2003.
243. REBOLLO PUIG, Manuel, *“Potestad Sancionadora, Alimentación y Salud Pública”*, Colección Estudios Serie Administración del Estado, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1989.
244. RECASENS SICHES Luis, *“Filosofía del Derecho”*, Editorial Porrúa, México, 1961.
245. RED FEDERAL DE CONTROL PÚBLICO, Presidencia de la Nación, Sindicatura General de la Nación, con

colaboración de Gustavo Adolfo MAZZONI, Marcelo Ángel CAINZOS, Andrés VILLALONGA. Coordinado por Alessandra MINNICELLI - Buenos Aires, Octubre de 2007.

246. **Revista Española de Derecho Administrativo – Director Eduardo García de Enterría- Estudios Doctrinales Comentarios Jurisprudenciales Recensiones bibliográficas –CD-REDA Abril 1974-Abril 2009 – Núms. 1-141.**
247. **RITTER, G.A, “*El Estado Social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Caps. III, IV, V, Madrid, 1991.**
248. **RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en derecho público: Reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho*”, en Revista de Administración Pública (RAP), N° 157, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, enero/abril de 2002.**
249. **RIVERO ORTEGA, Ricardo, “*Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: problemas de su transposición en España*”, Revista de Estudios Locales, N° 122, Madrid, julio/agosto de 2009.**

250. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Derecho Administrativo Económico”*, Marcial Pons, Madrid, 4ta edición 2007.
251. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“El Estado vigilante: Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración”*, Tecnos, Madrid, 1999.
252. RIVERO YRSEN, Enrique y FERNANDO PABLO, Marcos, *“Equidad, Derecho Administrativo y Administración Pública”*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2011.
253. RIVERO, Jean, *“Los principios generales del derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo”*, RAP N° 5, Madrid, 1951.
254. RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Los principios Generales en la Jurisprudencia Administrativa en el Derecho Administrativo Español”* – Ponencia VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Valladolid y Salamanca, septiembre 2008.
255. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *“La administración del estado social”*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
256. RODRIGUEZ ARANA, Jaime, *“Ejecutividad y tutela judicial efectiva (Aproximaciones jurisprudenciales)”*, en AA.VV.,

“Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo”, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2009.

257. RODRIGUEZ ARANA, Jaime, *“El Derecho Administrativo, la Unión Europea y los derechos fundamentales”, en El Derecho (ED) Administrativo, Buenos Aires, 31 de marzo de 2008.*

258. RODRIGUEZ ARANA, Jaime, *“La vuelta al Derecho Administrativo (A vueltas con lo privado y lo público)” , RAP, N° 57, año 2005.*

259. RODRIGUEZ ARANA, Jaime, *“Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el Derecho Administrativo Español”, en AA.VV., “Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano”, Colección Estudios, Junta de Castilla y León, Salamanca, 2008.*

260. RODRIGUEZ ARANA, Jaime, *“Un nuevo Derecho Administrativo”, El Derecho (ED) , Buenos Aires, 21 de mayo de 2008.*

261. RODRÍGUEZ CABRERO, G. *“Conflicto, Gobernabilidad y Política Social”, en GINER, S. y SARASA, S. (eds.) “Buen*

- Gobierno y Política Social***, Ariel Ciencia Política, Barcelona, 1997.
262. ROSA, José María, ***“Historia Argentina - Tomo 3”***, Artes gráficas, Brasil, 1970.
263. ROSA, José María, ***“Historia Argentina, Tomo I”***, Editorial Oriente, Buenos Aires, 1971.
264. RUÍZ MIGUEL, Alfonso ***“Discriminación inversa, acciones positivas e igualdad”***, Jóvenes nº 4-5, 1995.
265. SAGUES, Néstor Pedro, ***“Derecho Procesal constitucional. Acción de amparo”***, Tomo 3, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.
266. SAGUES, Néstor Pedro, ***“Elementos de Derecho Constitucional”***, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.
267. SALA ARQUER José Manuel, ***“Huida al derecho privado, huida del Derecho”*** REDA N° 75, Madrid, 1992.
268. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima, ***“Estudio Práctico de la Asociaciones: Democracia Directa y otras formas de participación ciudadana”***, Editorial Lex Nova, España, 2004.

269. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *“Los principios jurídicos del derecho administrativo”*, dirigido por el Dr. Juan Alfonso SANTAMARIA PASTOR, Editorial La Ley - Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010.
270. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *“Fundamentos de Derecho Administrativo”*, Editorial Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, SA .Madrid, 1988.
271. SARMIENTO, Daniel, *“El “soft law” administrativo”*, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
272. SCHIAVO-CAMPO, Salvatore, DE TOMMASO, Gulio, y MUKHERJEE Amitabha, *“Government employment and pay in global perspective”*, The World Bank, 1997.
273. SCHICK, Allen, *“Why most developing countries should not try. New Zealand reforms*, The World Bank, 1998.
274. SEN Amartya, *“Desarrollo y libertad”*, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000.
275. SEN, Amartya y KLIKSBURG, Bernardo, *“Primero la gente”*, Deusto, Barcelona, 2007.
276. SEN, Amartya, *“Teorías del desarrollo a principios del siglo XXI”*, en EMERIJ L. y NUÑEZ DEL ARCO J. *“El*

desarrollo económico y social en los umbrales del siglo XXI”, BID, Washington, 1998.

277. SEN, Amartya, “*¿Cómo juzgar la globalización ante las realidades de la exclusión e inclusión?*”, Editorial Planeta, Barcelona, 2007.
278. SEN, Amartya, “*Necesitamos una alianza entre el Estado y el Mercado*”, diario El País, Madrid, 8/02/09.
279. SOSA WAGNER, Francisco, y FUERTES LOPEZ, Mercedes, “*El Principio de Lealtad Institucional*”, en SANTAMARIA PASTOR, Juan Francisco, “*Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*”, Madrid, La Ley, 2010, p. 901.
280. STAHLBERG Krister, “*The Politization of Public Administration*”- *Revista Internacional de Ciencias Administrativas* , Volume 53 (3): 363- 01 de septiembre 1987.
281. STIGLITZ, Joseph, “*The roaring nineties*”, W.W. Norton & Company, 2003
282. STIGLITZ, Joseph, “*El bumerán neoliberal*”, diario Clarín, Buenos Aires, 9/7/08.

283. STIGLITZ, Joseph, *“¿Cómo hacer que funcione la globalización?”*, Taurus, Madrid, 2006.
284. STIGLITZ, Joseph, *“El malestar de la globalización”*, traducción de Carlos Rodríguez Braun, Taurus, Madrid, 2003.
285. SUAY RINCON José, *“El principio de igualdad en la Justicia Constitucional”*, Estudios Derecho Político, Instituto de Estudios para Administración local, Madrid, 1985.
286. SUBIRATS, Joan, *“Análisis de políticas públicas y eficacia de la administración”*, INAP, Madrid, 1989.
287. THUROW, Lester, *“The future of capitalism”*, Editorial Ariel, Morrow & Co., 1996.
288. THWAITES REY Mabel y LÓPEZ Andrea, *“Entre tecnócratas globalizados y políticos clientelistas. Derrotero del ajuste neoliberal en el Estado Argentino”*, Editorial Prometeo, Buenos Aires, 2005.
289. THWAITES REY, Mabel y LÓPEZ Andrea, *“Argentina: la debilidad regulatoria como estrategia política. Reforma y Democracia”*, CLAD, N° 28, 2004.

290. TOMAS MALLEEN, Beatriz, *“El derecho fundamental a una buena administración”*, INAP, Madrid, 2004.
291. TORRES DEL MORAL, Antonio, *“Estado de Derecho y Democracia de Partidos”*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991.
292. TOURAINE, Alain *“Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy”*, Editorial Paidós, Estado y Sociedad 135- traducido por Agustín López Tobajas y María Tabuyo, París, 2005
293. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM, *“Democracy in Latin America”*, New York, 2004.
294. VALADES, Diego, *“El control del poder”*, UNAM y Ediar, Buenos Aires, 2005.
295. VELASCO CAVALLERO, Francisco y SCHNEIDER, Jens Peter, *“La Unión Administrativa Europea”*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
296. VIGO, Rodolfo, *“Los principios jurídicos (Perspectiva jurisprudencial)”*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.
297. WANDERLEY LUBAMBO Catia, BANDEIRA COHELO, Denilson y MELO Marcus Andre, *“Diseño Institucional y*

Participación Política- Experiencia en el Brasil contemporáneo”, Libros CLACSO, 2006.

298. WEBER, Max, ***“Economía y Sociedad”***, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, primera edición alemán 1922, española 1944.
299. WEBER, Max, ***“El Político y el científico”***, Alianza Editorial. S.A, Madrid, 2007.
300. WEIL, Prosper, ***“Derecho Administrativo”***, Civitas, Madrid, 1986.
301. ZAGREBELSKY, Gustavo, ***“El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”***, traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 5ª edición, 2003.
302. ZIMERMAN, Héctor, ***“Aparición y desarrollo de las políticas públicas”***. Primer Congreso Argentino de Administración Pública, Sociedad, Gobierno y Administración Pública, Rosario, Argentina, 30 de agosto a 1° de septiembre de 2001. En red.