

LA EFICACIA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

¿La Buena Administración ha adquirido rango constitucional?

Por Alejandra M. SANTOS y Gustavo E. SILVA TAMAYO

1.- INTRODUCCIÓN

La juridificación de la eficacia no es un problema menor, tanto más si, de resultas de ella, como creemos y explicaremos a lo largo de estas líneas, adquiere rango constitucional; aunque cualquiera de nosotros, y nos incluimos, pudiera a primera vista, efectuar una valoración positiva de ella, el carácter a veces proteico que reviste y la falta o insuficiencia de instrumentos normativos adecuados que le confieran relevancia práctica, la tornan a menudo ilusoria, una *lírica administrativa*, al decir del español PARADA¹.

Convencionalmente, y con los límites que toda definición tiene, dados por su utilidad y no por su pretensión de verdadera, como bien apunta CARRIÓ, entendemos que la eficacia administrativa se vincula con el mayor o menor grado de satisfacción de las necesidades públicas.

¿Por qué entonces la eficacia administrativa debería erigirse en un principio-guía de la actuación administrativa en un Estado de Derecho Social y Democrático? ¿Qué implicaría su realización? ¿Hasta dónde asumiría el carácter de un derecho subjetivo público *implícito* del particular frente a la Administración?. ¿Cuál es su vinculación con la idea de Buena Administración o de Buen Gobierno? ¿Ha sido receptada de algún modo por el constituyente reformador de 1994?

¹ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 90.

Para poder contestar a todos estos interrogantes, hay varios puntos previos que nos parecen relevantes de destacar, según diremos a continuación.

2.- LA HETEROGENEIDAD DE INTERESES PÚBLICOS A SATISFACER EN UN ESTADO DERECHO SOCIAL Y DEMOCRATICO

Una primera aproximación al problema nos llevaría a relativizar la importancia de la eficacia administrativa. Bastaría para ello con una simple remisión a las características diferenciadoras de un régimen jurídico-público respecto a un régimen jurídico-privado.

En esa exégesis estaríamos tentados de marcar como línea divisoria, por un lado, la vinculación positiva a la legalidad y el privilegio de la autotutela declarativa y ejecutiva en el público; y la creación jurígena derivada del principio de autonomía de la voluntad y el sometimiento a la actuación de los jueces cuando se trata de obtener un reconocimiento y ejecución de los derechos, en el privado.

Enseguida esta esquematización nos conectaría con la tradicional justificación del Derecho Administrativo como punto de equilibrio entre prerrogativa de poder público y garantía individual.

Sin embargo, si ahondáramos un poquito más en la cuestión, apreciaríamos que esta base dogmática del Derecho Administrativo, se corresponde exclusivamente con la de un tipo de Estado.

En efecto nos estamos refiriendo al Estado liberal, que en sus inicios resultó monopolizador del poder público -de manera muy semejante al Estado absolutista que lo precediera-, con escasos cometidos que cumplir y con un marcado acento en proteger la propiedad y la libertad de la clase social dominante de ese entonces: la burguesía. Ella representaba al único estrato socialmente reconocido y detentador del derecho al voto.

Bajo esta perspectiva, al bienestar general, no se lo concebía sino como una consecuencia del desarrollo de la libertad y de la propiedad individual y la

acción pública tendía a remover obstáculos que impidieran el pleno juego de la reglas del mercado.

En este paisaje, es claro que el tema de la eficacia no podía constituir una preocupación, primariamente porque el Estado de Derecho Liberal debía idealmente limitarse a cumplir su función de garantía de los derechos individuales y, a lo sumo, lo que cabía esperar en esa concepción era una eficacia normativa -y también judicial-, pues los jueces estaban llamados asegurar el cumplimiento del orden jurídico en caso de conflicto.

Así, el liberalismo, mostró un desinterés por las técnicas del “buen administrar” estudiadas por la cameralística prusiana del siglo XVIII, especialmente, en cuanto a la organización y a la *eficiencia* criterio de racionalidad económica que mide la relación entre insumo y producto y en el que la eficacia halla su natural correlato².

Estas técnicas, paradójicamente, volvieron a cobrar protagonismo y se perfeccionaron durante las primeras décadas del siglo pasado, en el ámbito de las Ciencias de la Administración para hacer más eficientes y eficaces los procesos industriales de producción en serie tendientes a atender la progresiva masificación de los consumos privados.

Sin embargo, como sabemos, el esquema liberal sufrió una fractura que progresivamente hubo de extenderse, a partir de dos elementos que aparecieron en el escenario socioeconómico a lo largo del siglo XIX.

En primer lugar, producto de la revolución industrial surgió una nueva clase posicionada frente al Estado: los trabajadores o asalariados con nuevas demandas y necesidades que satisfacer. Las formulaciones de los socialistas utópicos, del marxismo y de la doctrina social de la Iglesia se hicieron eco de este

² Al decir de Lorenz VON STEIN, la Cameralística “...surgió como una rutina administrativa practicada en las oficinas fiscales de Alemania. Más adelante, mudó en una cruzada de modernización de la administración pública, pues se convirtió en la racionalización del trabajo administrativo para alcanzar paralelamente la felicidad de los súbditos y el poderío del Estado” (v, *Tratado de teoría de la administración y derecho administrativo*, Fondo de Cultura económica, México, 1º edición es español, 2016, traducción de José Andrés Ancona Quiroz, p. 65).

fenómeno y tuvieron incidencia en la gestación de lo que BOQUERA OLIVER denomina como “socialización del Derecho Administrativo”³.

El segundo elemento, estrechamente relacionado con el primero, fue la progresiva universalización del derecho al voto y, con ello, la necesidad de los partidos políticos de procurarse el respaldo electoral proveniente de estos nuevos grupos sociales que pujaban por obtener del Estado la protección pública de sus reclamos.

Ello terminó por producir una pugna de intereses que los poderes públicos debieron amparar y defender pero, a la vez, *arbitrar* pues a menudo dichas reivindicaciones resultaron contradictorias y colisionaron entre sí, sino de un modo exactamente igual, con un alto grado de semejanza al conflicto que se suscita en las relaciones privadas, al punto tal que llevaron a autores como GIANNINI a decir que el abanico de intereses públicos llegó a ser tan heterogéneo como el de los intereses privados⁴.

Este punto de quiebre dio nacimiento, a partir de la primera posguerra en forma incipiente, y de manera más acentuada después de la segunda, a un Estado Benefactor, el *Welfare State* anglosajón, gestor directo de los grandes intereses generales, muchas veces a través de la técnica de los servicios públicos o interviniendo de diversas formas en la economía a la par de los privados, regulando el mercado y pretendiendo contrarrestar los efectos de contracción de los ciclos económicos naturales al sistema capitalista (pero que tuvieron su manifestación más profunda con la Gran Crisis del año 1929).

Así, a la Administración del Estado se le reconocieron paulatinamente competencias y atribuciones para cuya concreción el tradicional enfoque de vinculación positiva a la ley resultó insuficiente, debiendo actuar discrecionalmente; no hubo autonomía de la voluntad, pero sí el reconocimiento

³ BOQUERA OLIVER, José M., *Derecho Administrativo y socialización*, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, Madrid, 1º edición, 1965.

⁴ GIANNINI, Massimo S., *Derecho Administrativo*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1º edición, 1991, traducción de Luis Ortega, ps 129-132

de un marco de actuación a los órganos administrativos con mayor libertad para valorar, ponderar y optar por la solución más justa para la satisfacción de los intereses públicos.

A la vez, el sometimiento de la Administración Pública al Derecho Privado, despojándose de sus prerrogativas de poder público, hubo de atenuar aún más las tradicionales notas distintivas entre régimen jurídico público y privado a las que aludimos recién.

El modelo de Estado Benefactor colapsó a finales de la década del '70, fundamentalmente debido al atraso tecnológico, al encarecimiento de las materias primas luego de la crisis del petróleo y, desde luego, porque su actuación no observó parámetros mínimos de eficiencia y eficacia.

Un retorno a los postulados del Estado Liberal clásico, pareció ser la solución para los problemas acuciantes de los países de Occidente, incluida Latinoamérica. Se adoptaron, como fruto de lo que después se denominó el "Consenso de Washington"⁵, políticas de liberalización y desregulación de las variables económicas limitando la actividad del Estado nuevamente a cometidos básicos.

Así las cosas, creemos que el papel que le toca jugar a los Estados sigue siendo aún relevante en la búsqueda del equilibrio en toda sociedad, redistribuyendo equitativamente los bienes y servicios, así como las obligaciones y cargas públicas y, en fin, disponiendo la creación y aseguramiento de las propias condiciones que permitan el libre desarrollo de las actividades económicas sin las típicas distorsiones que se producen (vgr. monopolios).

En la hora actual parece haberse relativizado en parte aquella afirmación generalizada de los tributaristas de que el Estado cuenta con recursos *ilimitados* para satisfacer finalidades *limitadas*. Sabemos que, por lo general, el Estado no siempre posee tales recursos de modo suficiente -y vayan como ejemplo la

⁵ Término acuñado en 1989 por economista John Williamson que alude a un paquete de medidas básicas de política económica propuestas por instituciones con sede en Washington (Banco Mundial, FMI) para países en vías de desarrollo afectados por la crisis financiera,

historia económica reciente de varios países occidentales-, mientras que las finalidades crecen y se diversifican de la mano del cambio social, de la escasez de recursos y de los avances científicos y tecnológicos.

La heterogeneidad de intereses públicos a satisfacer, incluido el reconocimiento y realización de los Derechos Humanos, propio del constitucionalismo de Posguerra, la quiebra del Estado de Bienestar y la Globalización⁶, entonces, fueron, a nuestro modo de ver, los factores más importantes para acudir a las técnicas del “buen administrar” e intentar exportarlas desde el ámbito privado a la actuación del poder público.

Aunque no fueron las únicas razones, según aclaramos a continuación.

3.- OTROS FACTORES QUE SUSTENTARON EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DEL BUEN ADMINISTRAR

3.1. La fragmentación del poder.

A la diversificación de intereses públicos a satisfacer se sumó otro elemento derivado del desarrollo de la concepción del Estado democrático o pluralista: la fragmentación o atomización del poder, en dos órdenes distintos.

Por una parte, la descentralización política o territorial (comunal, regional, provincial), vino a romper el monopolio normativo de declaración del interés público a nivel del parlamento o congreso central, generando en cada parte del territorio, distintos intereses públicos, de carácter local, a veces reñidos con los establecidos por la legislación central y alineados con programas electorales acordes a las necesidades domésticas.

Por la otra, la descentralización institucional o por servicios -el establecimiento público del derecho francés-, implicó la creación de entidades con

⁶ Suele definirse a la Globalización como un proceso de desnacionalización de mercados, leyes y políticas como producto de una estrecha interrelación de pueblos y políticas. Para Ulrich BECK se trata de los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios (v. *¿Qué es la Globalización?*, Paidós, Buenos Aires, 2004, p. 29, traducción de Bernardo Moreno).

asignación de competencias específicas, que hicieron difícil la reconducción al principio de unidad de acción, en cierto modo afín al esquema liberal, produciendo, al lado de la pirámide jerárquica, un archipiélago conformado por distintos enclaves con competencia jurígena, si bien derivada de la ley de creación, propia, dentro de esos contornos normativos, de acuerdo a la naturaleza de las funciones asignadas al ente en cuestión.

Por último, la aparición de los grandes bloques regionales, como la Comunidad Europea y el Mercosur, produjo lo que CASSESE denomina la “Globalización jurídica”⁷, una de las manifestaciones de la Globalización y, con ello, la obligación de los Estados de subordinarse a ese plexo y adaptar en forma constante su derecho interno a las directivas de él emanadas.

Nuevamente apareció la eficacia como el necesario sustento para sostener y abonar la coherencia de todo este entramado.

3.2.- La aparición de nuevos actores y la consagración constitucional de nuevos derechos en la reforma constitucional de 1994.

El desarrollo del denominado constitucionalismo social, marcado a partir de la segunda mitad del siglo pasado en Occidente, jalonado por diversos hitos en su derrotero: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Europea de 1950 y la Convención Americana de 1978 -y en el que se inscribe nuestra reforma constitucional de 1994-, ha reconocido nuevos derechos y garantías a los ciudadanos, valores básicos o bienes humanos básicos, que FERRAJOLI define como “*los derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos*”⁸. Este proceso conocido también como “neoconstitucionalismo” requiere, para su concreción, de una acompañada y eficaz actividad legislativa y administrativa.

⁷ CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, traducción de Luis Delgado, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córcoles. Señala este autor que el ordenamiento global carece de una autoridad superior dotada de soberanía y su organización no está centralizada, presentando una agregación de organizaciones generales y sectoriales (p. 19),

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2002, traducción de Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, p.37.

La atomización del poder también surgió, como adelantamos, de la legitimación conferida a nuevos grupos sociales como portadores de intereses públicos: los partidos políticos, las organizaciones empresariales y los sindicatos.

La importancia de los primeros parece obvia en un sistema democrático de gobierno pues, a través de sus propuestas programáticas que buscan concitar la adhesión de los electores, fueron los impulsores, dentro de la faz agonal de la política y de la alternancia en el ejercicio del poder.

No menos evidente es la trascendencia de los segundos y terceros, como parte de los mecanismos de legitimación social en los países occidentales.

A estos nuevos actores deben sumarse las entidades que participan en el proceso de toma de decisiones (*rulemakings* y audiencias públicas) o las que defienden un interés colectivo afectado por un acto de autoridad pública (como, en el derecho nacional, las organizaciones de usuarios y consumidores contempladas en el art. 43 CN), coadyuvando a la realización del interés público y fracturando el modelo clásico que monopolizaba su realización en el poder estatal.

4.- SIGNIFICADO DE LA EFICACIA EN UN ESTADO DE DERECHO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO.

4.1. La delimitación de sus contornos.

La heterogeneidad de los intereses públicos, la fragmentación o atomización del poder, la participación de los nuevos actores y el reconocimiento de nuevos derechos y garantías han hecho, a nuestro juicio, desempolvar la eficacia de los viejos textos de administración.

Se habla, ahora, como dice PONCE SOLÉ⁹ de un “Deber de buena administración”, idea que se vincula a una preocupación actual por la calidad de la actividad administrativa y que, desde el plano de la Ciencia Política, gira en torno a la noción de *gobernanza*.

⁹ PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, ps. 214 y ss.

El problema que se presenta es a todas luces evidente: la delimitación de los contornos de la eficacia administrativa se torna, a veces, inasible.

No puede ser de otra manera si lo que se pretende es extrapolar, sin modulación alguna, criterios de “buena gestión” propios del sector privado al ámbito público en el cual, como es sabido, entran a jugar otros principios y valores igualmente susceptibles de valoración y garantía propios.

Como señalamos al inicio, la aproximación a la idea de eficacia, indicaría el grado de consecución de objetivos trazados. Pero hete aquí que esos objetivos, p. ej., no pueden medirse de igual manera, para calificar de eficaz o ineficaz según el caso, la gestión de la policía, de un establecimiento educativo o la ampliación de la red de autopistas. Incluso, dentro de esta última acción, ¿qué habría de privilegiarse en términos de eficacia? ¿El tiempo y el costo? ¿O la calidad, aunque se prolongue el plazo por años? ¿O tiempo, costo y calidad en una relación equilibrada?

Es que no parece sencillo definir universalmente los objetivos o resultados deseables (*outputs*) en la actuación administrativa porque la misma se realiza en ámbitos tan diversos como el prestacional (piénsese, p.ej. en el grado de satisfacción de las necesidades culturales) o el de intervención o *imperium* (orden y seguridad o fomento), que se dirigen a la satisfacción del interés público -hoy dentro de un marco de equilibrio fiscal-, por contrapartida de lo que ocurre en una empresa privada, trátase de empresas privadas prestacionales o de producción donde el resultado eficaz estará marcado por el beneficio o lucro económico. Ello sin dejar de considerar la responsabilidad social que se les exige desde el Estado (vgr. protección de los derechos de usuarios y consumidores y preservación del medio ambiente, entre otros).

Tal vez sólo en la esfera de la actividad administrativa de contenido económico, por cierto hoy reducida en el mundo occidental, es donde, acaso, el principio de eficacia pudiese hallar un cauce donde los reparos disminuyesen sensiblemente.

De allí es que debemos asumir suma dificultad de lograr una eficacia *total* de la actuación administrativa.

Y ello por tres razones:

a) resulta de imposible factibilidad la definición perfecta, precisa y armónica de las finalidades públicas, pues ello implicaría una total predeterminación de la actividad administrativa por parte del legislador y un regreso a la vinculación positiva a la legalidad por parte de ésta. Lo que en realidad sucede es que, al lado de las finalidades de carácter *primario* establecidas por el constituyente (prosperidad, salud, seguridad, justicia), aparece su concreción primero a nivel legislativo, como mandatos generales al poder administrador y luego a través de acciones concretas por parte de éste último, de las finalidades públicas *secundarias* que se efectivizan en un contexto teñido por altas dosis de discrecionalidad;

b) la programación administrativa está sujeta a una teleología compleja, en la que los fines suelen presentarse imbricados y en tensión latente entre sí, requiriendo siempre de su armonización;

c) la actuación finalista de la Administración, aun con esas cotas altas de discrecionalidad, estará siempre sujeta a los límites elásticos que marcan los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De modo tal que no será admisible nunca en un Estado de Derecho la persecución de la eficacia a expensas de la juridicidad. Y aquí debe señalarse que es errónea la muy difundida oposición entre legalidad y eficacia: no son contrapuestos, son idénticos. El principio de eficacia impone un deber jurídico de actuación. No se puede ser eficaz sin respetar la juridicidad y viceversa, ya que el deber de comportamiento administrativo eficaz forma parte de ese ordenamiento. Y esto es muy importante cuando el ordenamiento jurídico abre espacios discrecionales de actuación a la Administración pues la eficacia nunca podrá llegar más allá de lo que pueden llegar las normas jurídicas.

4.2. *La consagración normativa de la eficacia.*

Es sabido que el constituyente español de 1978, creyó conveniente, tomando varios antecedentes preconstitucionales, consagrar la eficacia en el art. 103.1, al prescribir que: *“La Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*

Asimismo, dispuso en la parte dogmática, como correlato del deber de los ciudadanos a contribuir a los gastos públicos, de acuerdo a su capacidad económica, que éstos se asignarán equitativamente y su programación y ejecución responderán a criterios de eficiencia y economía.

La directiva constitucional ha sido materializada en varias normas entre ellas, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La doctrina española ha reaccionado en forma dispar a la consagración del precepto, llegando en algún caso a opinarse que la eficacia no es un verdadero principio, sino un criterio general que expresa una aspiración de los constituyentes.

La jurisprudencia, de ese país, por el contrario, muestra un interesante repertorio del cual puede extraerse que los jueces asignan a la eficacia la condición de principio material de actuación que obliga a considerar los principios de organización como criterio instrumental para la satisfacción de los intereses generales.

En nuestro país, la positivización de la eficacia la hallamos a nivel infraconstitucional, la encontramos:

a) como una suerte de garantía procedimental que se confunde con la celeridad, economía y sencillez en los trámites en el art. 1º, inc. b) de la Ley N° 19.549

b) en el art. 4° de la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, de dos modos. Como un objetivo de interpretación y reglamentación, presente, junto a la regularidad financiera, la legalidad, y la economía y eficiencia en la obtención y aplicación de los recursos públicos (inc. a) por un lado; y como la responsabilidad propia de la autoridad superior de cada jurisdicción o entidad de implementar, *“...un eficiente y eficaz sistema de control interno, normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, comprendiendo la práctica del control previo y posterior y de la auditoría interna”* (inc. d, ap. II), por el otro.

Pero, tal como proponemos en el presente trabajo, merced a la asignación de funciones de control externo del sector público nacional al Congreso de la Nación y la elevación a rango constitucional de la Auditoría General de la Nación, como organismo de asistencia técnica del legislador, es que la eficacia, y con ella la Buena Administración, han adquirido esa dimensión categorial¹⁰.

En efecto, expresa, en lo que nos concierne, el artículo 85 de la Constitución Nacional que:

El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la Administración Pública estarán asentados

¹⁰ En la Ciencias de la Administración se reconoce que existen dos tipos puros de control externo: el continental y el anglosajón. El continental, se caracteriza por la existencia de entes colegiados de fiscalización externa de derecho público independientes -que se denominan Tribunales de Cuentas o Cortes de Cuentas-, a los que se les atribuyen competencias de control de la gestión financiera pública. En este modelo, que reconoce la herencia histórica francesa, confluyen, esencialmente, el ejercicio de labores de auditoría con la asunción de funciones jurisdiccionales a efectos de dar tratamiento a las responsabilidades patrimoniales y contables de los funcionarios públicos. Es, con algunas variantes, el esquema que impera en Francia, España, Alemania y otros países europeos y latinoamericanos. Es también el modelo que, en el orden nacional, contemplaba la ley de contabilidad y que, actualmente, tiene vigencia en la mayoría de las provincias de nuestro país. El sistema anglosajón está básicamente conformado por organismos normativos que regulan, entre otros, los procedimientos de auditoría y no ejercen, por sí, funciones de fiscalización externa. Además carecen de atribuciones jurisdiccionales, características del modelo francés, por lo que las determinaciones de las responsabilidades de los funcionarios públicos quedan encomendadas a los jueces. Es el que, con matices que no vamos a desarrollar acá, adopta la Ley N° 24.156, que ha seguido el modelo canadiense.

en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación...Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización...

No vamos a extendernos aquí sobre los distintos tipos de controles administrativos, pero baste especificar que los llamados controles “operativos” o de “gestión”, son aquellos que evalúan si los objetivos se han cumplido (eficacia) y que, además, consideran si esos objetivos se han concretado al menor costo posible (economía) y bajo una adecuada relación de insumo-producto (eficiencia). En rigor, la eficacia abarca y contiene a estos dos últimos, pues no se puede lograr la eficacia, sin la eficiencia y la economía que vienen a resultar criterios de gestión presupuestos.

Sin embargo, la literatura jurídica no se ha dedicado prácticamente al principio y tampoco aparece recogido en precedentes jurisprudenciales.

4.3. Vinculación de la eficacia con la Buena Administración.

En las últimas décadas, se ha puesto acento en que, cualitativamente, el órgano administrativo está sujeto al “principio de buena Administración” expuesto, al parecer primigeniamente, por el italiano FALZONE y hoy bastante difundido en la literatura jurídica, especialmente la europea. Según este autor existe un deber jurídico de “buena Administración” que no se trata de un mandato moral o de una directiva técnica que provea la Ciencia de la Administración. Aunque FALZONE no llega a afinar la idea, sostiene que, cuando no existe una “buena Administración”, no se satisface la finalidad legal y si ello no acontece, no hay tampoco una satisfacción real de la regla de Derecho sino, al contrario, una violación de ella¹¹. BANDEIRA DE MELLO, es algo más preciso para esbozar los contornos de la idea al opinar que la Administración debe adoptar la mejor solución cuando actúa

¹¹ FALZONE, Guido, *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 72, citado por BANDEIRA de MELLO, Celso, *Discrecionalidade e Controle Jurisdiccional*, Malheiros Editores, Sao Paulo, 2º edição, 1993, p. 45.

discrecionalmente, no cualquier acto, “...única y exclusivamente aquél que atienda con absoluta perfección la finalidad de la ley” ¹²..

Recientes estudios han puesto acento sobre la directiva contenida en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³ para de allí derivar que el derecho a la “buena Administración” es un derecho fundamental de todo ciudadano de la Comunidad a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y el momento en que se produzcan¹⁴ o bien que se trata de un derecho fundamental que se integra con la totalidad de los Principios Generales de Derecho (legalidad, eficiencia y eficacia, razonabilidad, igualdad, responsabilidad, seguridad jurídica, confianza legítima, tutela administrativa y judicial efectiva, etc.)¹⁵.

La doctrina italiana actual también ha resaltado el carácter configurador de la noción de “buena Administración” del citado precepto comunitario¹⁶.

Desde un enfoque similar, en el derecho español se han considerado, especialmente, los mandatos de interdicción de arbitrariedad y de objetividad (arts. 9.3. y 103.1 de la CE) que obligan a la Administración a actuar en forma racional, ponderando, a la vez, los intereses presentes al momento de tomar la decisión, para concluirse que, el deber de “Buena Administración”, es una directiva

¹² BANDEIRA DE MELLLO, Celso, *Discrecionalidade...*, cit. ps 32-33.

¹³ “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

¹⁴ Ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El Ciudadano...* cit., p. 133.

¹⁵ CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público, Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1º edición, 2015, p. 430.

¹⁶ Ver: SORACE, Domenico, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il mulino, Bologna, sesta edizioni, 2012, ps. 46-47.

constitucional ligada al desarrollo de la función, a su ejercicio dinámico, “...un deber de seguimiento de un procedimiento administrativo adecuado para que la decisión pueda ser, efectivamente, la mejor en su servicio al interés general”¹⁷. Se tiene dicho, también, que *el buen gobierno o la buena administración* es un derecho fundamental de la persona, pues se puede afirmar que las Administraciones o Gobiernos son conscientes de que su razón de ser está precisamente en la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía¹⁸. Ello por cuanto el particular, hoy en día, no es un sujeto pasivo que recibe mecánicamente los bienes y servicios públicos, por el contrario es un sujeto activo, un protagonista y por ello ambiciona tener una participación destacada en la satisfacción de los intereses generales y en la calidad e intensidad con la que deben ser atendidos¹⁹.

Todos los posicionamientos sucintamente descriptos confluyen en una idea basilar: la “Buena Administración” sería un principio que restringe la discrecionalidad administrativa al marcarle su confín *cualitativo*, que se suma al confín *cuantitativo* establecido por el principio de legalidad. *El confín cualitativo, a nuestro entender, no sería otro que la idoneidad de la actuación para satisfacer el interés público o, dicho en otros términos, su eficacia.*

Por eso cuando se describen las notas características de Buena Administración, consideramos que la eficacia administrativa asume un rol supraordinante: todas las demás pautas aparecen infraordinadas a su consecución²⁰.

Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla en la praxis jurídica.

¹⁷ PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena Administración...*cit. ps. 133 y 214-292.

¹⁸ RODRIGUEZ ARANA, Jaime, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho a un buen gobierno y a una buena administración*, Ed. Reus, Madrid, 2012, p. 19.

¹⁹ SANTOS, Alejandra M., *El principio de tutela administrativa efectiva: el valor justicia en la Administración Pública* (inédito), p. 78

²⁰ Por ejemplo, en su monografía dedicada al tema, Martín GALLI BASUALDO menciona, entre otros, los siguientes principios que, a la vez, la integran: a) legalidad o juridicidad, b) servicio objetivo a los ciudadanos, c) razonabilidad, d) proporcionalidad, e) igualdad de trato, f) publicidad, g) seguridad jurídica, h) eficiencia, i) eficacia, j) buena fe, k) confianza legítima, l) celeridad, m) ética, n), transparencia, ñ) debido proceso (v. *La Buena Administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global*, Marcial Pons, Buenos Aires, 1º edición, 2019, ps 74-75).

En efecto, como se dijo, el legislador no se encuentra forzado a adoptar la mejor de las medidas posibles, bastando con que opte por aquella que resulte legítima. Esta elección, aunque no sea la óptima, obligará a la Administración a ponerla en práctica, de acuerdo al principio formal de supremacía jerárquica de la ley, o, lo que es lo mismo, conforme a la vigencia del principio de legalidad que debe regir la actuación administrativa. De allí que tan sólo en los casos en los que el legislador hubiese dejado deferida a la Administración la elección de la medida, imperaría con plenitud el principio de “Buena Administración”.

No obstante lo expuesto, el asunto admitiría cierta matización que la doctrina se ha encargado de puntualizar: el examen de proporcionalidad puede diferir según se trate del caso *in abstracto* (que es el que lleva a cabo el legislador) o *in concreto* (que es el que le cabe al administrador). Es necesario, entonces, diferenciar, como dice BERNAL PULIDO, entre el nivel de aplicación en sentido amplio de la proporcionalidad que importa un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes y el nivel de control concreto de ejecución de las mismas, el que se ejerce a través de los medios impugnativos de actos de la Administración o de la revisión a cargo del Poder Judicial²¹.

Sintetizando, pueden presentarse tres situaciones distintas: a) que la ley haya dejado librado al criterio administrativo la determinación del medio de concretización (sea porque determinó dos o más medios para que el órgano administrativo eligiese uno de ellos o bien porque no indicó el medio y confirió al órgano la potestad para hacerlo); b) que la ley haya precisado una medida en el plano abstracto y que la Administración, al tiempo de su aplicación, excepcionalmente, se aparte de ella y escoja otra que resulte mejor; y c) que no exista ley para regular en el caso concreto debiendo la Administración efectuar, por sí sola, la ponderación previa al dictado del acto administrativo. Sólo en el primer supuesto rige el principio formal y jerárquico que confiere preeminencia a la ponderación legislativa. En los otros dos la actuación administrativa contará con

²¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 755.

un margen amplio de discrecionalidad, limitado por el principio de “Buena Administración” que le impondrá la adopción de la mejor medida para la concreción del fin, a la luz del caso concreto. Y aquí se abrirían tres grados de control en base a las premisas empíricas conducentes: a) el *control de evidencia* (no es posible tener un control absoluto sobre las premisas y ante esa incertidumbre media deferencia judicial respecto de la actuación del órgano estatal); b) el *control de intensidad medio* (que reclama una mayor certeza sobre las premisas empíricas); y c) el *control sustancial intensivo* (que exige una certeza absoluta sobre dichas premisas).

La Administración está obligada, en la medida de lo posible, a poseer certeza sobre las premisas empíricas, por eso, por regla, está sujeta a un *control sustancial intensivo* y sólo por excepción se la someterá a un *control de intensidad medio*.

Para el legislador, en cambio, bastará con ceñirlo a un *control de evidencia* para validar su actuación²².

4.4. *Requisitos condicionantes del principio de eficacia*

Pareciera necesario, antes de seguir, intentar al menos, brindar una serie de condiciones que nuestro difuso y proteico principio de eficacia reclama para su aseguramiento.

Sin una pretensión exhaustiva mencionamos:

- El régimen jurídico de las normas aplicables a la Administración Pública, (en nuestra realidad jurídica especialmente la Ley de Procedimientos Administrativos que, a más de cincuenta años de su vigencia, exige una urgente revisión y adecuación a las exigencias de la eficacia, sobre las que no nos extenderemos por razones de espacio).
- La organización interna de la Administración, la desconcentración y la descentralización de funciones administrativas.

²² De acuerdo: BERNAL PULIDO, Carlos, ob. cit. ps. 737 y ss.

- La fluidez de la comunicación en las relaciones interorgánicas e interadministrativas.
- La capacidad y flexibilidad de la gestión para el cambio permanente y cada vez más acelerado de las necesidades sociales, pues la resistencia de los administradores a salirse de las decisiones rutinarias o regladas para adoptar decisiones excepcionales o críticas relacionadas con la innovación, la creación y la planificación, constituyen un baremo de medición de la eficacia organizativa para adaptarse a las nuevas demandas de la sociedad.
- La asignación de recursos adecuada en las leyes de presupuesto y la evaluación del impacto económico de las decisiones adoptadas.
- La discrecionalidad administrativa, como modo de regulación *eficaz* para la satisfacción del interés público.
- El control de esa discrecionalidad, fundamentalmente a través de la interdicción de arbitrariedad y de la verificación del cumplimiento de la finalidad que la actuación estaba llamada a satisfacer. Control en todo caso de revisión y de anulación, más no de sustitución por parte del juez de los criterios administrativos.
- El perfeccionamiento de los mecanismos de responsabilización por su actuación ineficaz a los funcionarios públicos, más allá de sus aristas disciplinarias -cuando media un vínculo estatutario- y penales -cuando se configura un delito- , haciéndola extensiva a los funcionarios políticos que no integran los cuadros permanentes de la Administración Pública.
- Un mayor refinamiento institucional, con sistemas meritocráticos de selección de personal, con una dirección pública profesional, donde imperase la transparencia, la rendición de cuentas y la evaluación de las políticas públicas. Estas características operan en el plano del deber ser, la realidad a menudo contrasta con ese ideal²³.

5. LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE EFICACIA. LOS “TENSORES” QUE LA CONDICIONAN

A esta altura creemos que ha quedado medianamente claro por qué la eficacia, aun con todos los intrínquilos que su materialización conlleva, asume un carácter rector de la actuación administrativa colocándola dentro de la idea basilar de lo que se describe como “Buena Administración”.

¿Pero qué pasa con su operatividad? ¿Puede emplearse por los particulares como un título habilitante de una actuación administrativa concreta?

Estimamos que, en ausencia de una regulación constitucional expresa podría asignársele el carácter de derecho o garantía constitucional que surge implícita de los controles operativos o de gestión que debe llevar a cabo la Auditoría General de la Nación con la nueva redacción que el constituyente reformador de 1994 confirió al artículo 85. También tal condición podría extraerse de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, conforme los artículos 31 y 75 inciso 22° (con la jurisprudencia nacional y también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En España la tendencia dominante es la concepción de la eficacia como una directiva constitucional, no de aplicación inmediata, sino mediata: un valor que debe ser puesto en práctica a través de instrumentos jurídicos concretos.

Por nuestra parte, y sin desconocer que todo derecho constitucional está sujeto a su reglamentación razonable, entendemos que, luego de la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos a nuestra C.N. y la superación jurisprudencial de la asignación de un carácter meramente “programático” a las cláusulas que hacen a la dignidad humana (p.ej., las contenidas en el art. 14 bis, exégesis por cierto disvaliosa que implicaba convertirlas en letra muerta), la eficacia representa un valor *instrumental* para los

²³ SANTOS, Alejandra M., *El Principio...ob.* y loc. cit., p. 78. El tema puede ampliarse en “Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la integridad pública” en <http://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica/>

ciudadanos, no escindible del derecho que pretende ser reconocido. Es, a la vez, un Principio General de Derecho, un deber para la Administración y un derecho subjetivo público para los administrados.

Así, la incorporación de las garantías al “debido procedimiento administrativo” (su llamada “procesalización”); la participación en la toma de decisiones (p.ej., a través de la formulación de presupuestos participativos); la transparencia; el acceso a la información y el control ciudadano; etc., son manifestaciones del principio de eficacia exigibles por los particulares a la Administración, no como un fin en sí mismo, sino como cauce necesario para la obtención de una concreta actuación de su parte que brinde respuesta a la necesidad pública a satisfacer.

Finalmente, debemos señalar que existen condicionantes de la eficacia que la doctrina ha identificado asignándoles la denominación de “tensores”²⁴. Algunos de estos “tensores” que atentan contra el cumplimiento de la eficacia son el clientelismo, la mala cultura política y el “efecto Penélope” (tejer y destejer), la estrategia del mimetismo en la innovación institucional y una visión excesivamente *managerial* y escasamente institucional.

El clientelismo (su contrapartida es la meritocracia) fomenta la mediocridad, la arbitrariedad y las asimetrías sociales. La mala cultura política atenta contra la seguridad jurídica y la coherencia de las políticas públicas pues, ante cada cambio de gestión, los nuevos gobernantes varían e incluso destruyen las políticas públicas construidas e implementadas por su antecesor. Como dice RAMIÓ: “*Es el efecto Penélope: tejemos durante todo el día de un mandato para destejer la noche del cambio de presidente*”

En cuanto al *mimetismo en la innovación institucional*, el autor explica que para la innovación institucional se pueden generar las propias soluciones o bien

²⁴ RAMIÓ, Carles, “Tensores reaccionarios a combatir y tensores progresistas a incentivar para lograr la institucionalización e innovación pública en América Latina”, Revista del CLAD Reforma y Democracia [Internet]. 2015; (61):5-42. Recuperado 20 de junio de 2018 de: <http://portal.amelica.org/ameli/jatsRepo/357535434003>

explotar soluciones que antes han vislumbrado otras administraciones. La primera opción tiene un elevado coste de transición ya el método funciona por prueba y error, aunque ello favorece el aprendizaje. Por ello, los líderes políticos eligen la segunda opción²⁵.

Por otra parte, si bien el *management* es útil para alcanzar organizaciones más eficaces y eficientes, es inútil para lograr instituciones públicas sólidas estables y solventes que aporten al sistema mayor seguridad institucional y jurídica. Ello obedece al error de mezclar los conceptos organización con institución, según RAMIÓ, y a querer aplicarles a las instituciones públicas los criterios de eficiencia y eficacia propias de las organizaciones privadas, siendo que el objetivo máximo de las primeras es lograr el máximo desarrollo humano y el mayor índice de felicidad a los ciudadanos²⁶.

6. CONCLUSION.

Debemos ser eficientes y eficaces y concluir con estas reflexiones dentro de las pautas que se nos han asignado.

La eficacia es un valor que orienta el ejercicio de la función administrativa, tanto en lo que se refiere a su aparato organizativo (faz estática), como en su actuación (faz dinámica) y, a la vez, una exigencia instrumental en sus relaciones con los ciudadanos para la satisfacción de sus necesidades. Se inscribe y le confiere significancia a la noción de “Buena Administración”.

La dificultad de determinar, en ciertos ámbitos de actuación administrativa, estándares parametrizables u objetivos que la midan, en todo caso representa un desafío y preocupación constantes en aras de lograr una permanente mejora en la calidad de la gestión pública, más no el pretexto para soterrarla como se hizo en el pasado.

²⁵ Ampliar en RAMIÓ, Carles-SALVADOR, Miquel, “Repensando la función pública como institución. Oportunidades y amenazas para su extensión a las realidades políticas- administrativas latinoamericanas”, [Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=647407), ISSN 0211-9560, N° 65, 1, 2003, págs. 149-176, recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=647407>

²⁶ RAMIÓ, C.-SALVADOR, Miguel, ob. cit., 5-42.

Ello por cuanto a un Estado de Derecho Social y Democrático se le exige, por imperio ya no sólo del propio orden jurídico que crea, sino también merced al derecho supranacional al que adscribe, como dice GORDILLO por ser *“el precio de ser parte de una comunidad civilizada”*, la protección *eficaz* de los derechos humanos y la asignación *eficiente* de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente, en un marco de respeto a la libertad individual, compatible con el bienestar general y los derechos de todos.

Y es en un todo acorde a lo expuesto que la Constitución Nacional reformada en 1994 -al poner en cabeza del Poder Legislativo el control externo del sector público nacional, que ejerce asistido técnicamente por la Auditoría General de la Nación-, que ese control abarca también los aspectos operacionales o de gestión, que se basan en las tres (3) EEE, es decir, la economía, eficiencia y eficacia como conceptos entrelazados e interdependientes que se pueden resumir en el tercero de ellos, que los comprende.

Vale decir que no hay eficacia que se pueda lograr sin cumplir con las pautas de un Buen Gobierno, y compete a la Auditoría General de la Nación – tras la reforma constitucional de 1994-, velar por su verificación en el marco de sus competencias.