

Sistemas Jurídicos y Estilos de Gestion Administrativa

ENRIQUE I. GROISMAN

APRESENTAÇÃO

Dr. ENRIQUE I. GROISMAN

**Professor de Direito Administrativo da Universidade de
Buenos Aires.**

Sistemas Jurídicos y Estilos de Gestion Administrativa *

Este trabajo tiene por objeto describir críticamente el estado actual de la discusión acerca de la influencia que ejercen los sistemas jurídicos sobre los estilos de gestión administrativa.

El tema ha sido planteado desde diferentes ángulos y en diversas épocas; fue enriquecido por la tipología elaborada por Max Weber respecto del modelo racional-burocrático, y se ha vuelto más más complejo a raíz del cuestionamiento de las funciones del Estado.

La cuestión entraña varias interrogantes. La primera de ellas es si la eficiencia y la eficacia en la gestión dependen o no de la existencia de un adecuado marco normativo.

Si la respuesta es afirmativa surgen interrogantes acerca de las características y funciones que deben tener las respectivas normas, y de cómo a quién corresponde generarlas.

El primer problema tiene una índole predominantemente técnica y los demás revisten claras consecuencias políticas.

El modelo weberiano hizo explícita, la relación entre las normas y la gestión que éstas enmarcan, orientan o constriñen. Pero hizo más que eso porque - además de las consecuencias técnicas que de él derivan - su planteo implicó proporcionar ciertos criterios de legitimación para el obrar administrativo.

El problema del contenido de las normas, a su vez, forma parte de otro más amplio referido a las funciones del Derecho, y éste se inscribe en el del debate sobre el papel que debe cumplir el Estado respecto de la vida social.

(*)Trabajo presentado en el Coloquio Internacional: *Le "métier" de dirigeant: son passé, son présent, son avenir* (École des Hautes Études Commerciales, Montréal, junio de 1992).

La influencia que los modelos administrativos ejercen sobre el sistema político está tempranamente planteada en la comparación que hizo Tocqueville entre Francia y los Estados Unidos de América.

Este autor adelantó los lineamientos de la discusión acerca de si existen diferencias esenciales entre los sistemas administrativos de Europa continental e Inglaterra o - en los términos jurídicos en que después lo planteó Dicey - si en el sistema anglosajón existe o no lo que en Francia se llama Derecho Administrativo.

Si bien esta discusión fue superada en sus aspectos jurídicos, los problemas que subyacen en ella conservan actualidad. Muestra de ello es un reciente trabajo denominado *Le droit sans l'état*, sugestivamente subtítulo *Sur la démocratie en France et en Amérique*⁽¹⁾ en una clara invocación del clásico *De la démocratie en Amérique*.

En ese trabajo se insiste en las diferencias señaladas por Tocqueville e, independientemente de que este último tuviera o no razón o del grado en que sus observaciones conserven vigencia, resulta sorprendente verificar que los rasgos que atribuye al sistema americano son precisamente los opuestos a lo que mucho después caracterizaría Weber como modelo burocrático: señala como hechos positivos el de que “la jerarquía administrativa no existe”, que “el poder administrativo se encuentra diseminado en una multitud de manos” y “el Estado gobierna y no administra”.

La actualidad de Tocqueville, que por otra parte ha sido “redescubierto” en diferentes épocas,⁽²⁾ constituye una manifestación pública, a la cual aquel agudo analista consideraba más poderosa que los césares y veía como un peligro para la democracia.

Pero estos días la discusión central no versa - sobre si la administración pública debe estar regida por un derecho exorbitante respecto de los particulares, sino acerca de si ha de ser o no el Estado quien genere las reglas de convivencia social⁽³⁾.

De la idea de la administración pública como representante del interés general parece, pues, haberse llegado al polo opuesto de considerarla como un estorbo. Así, la desregulación es propuesta como manera de devolver a la sociedad civil funciones que el Estado había ido asumiendo y que ejercería de un modo inadecuado, ineficiente o francamente negativo.

En este planteo no se trata tanto de suprimir las regulaciones como de

(1) COHEN TANUGI, Laurent: *Le droit sans l'état. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, 1985, Presses Universitaires de France.

(2) SHIEFER, James T.: *Cómo nació “La Democracia en América de Tocqueville”*, México, 1987, Fondo de Cultura Económica.

(3) CARBONNIER, Jean: *Flexible Droit. Textes pour une sociologie du Droit sans rigueur*, Paris, 1983, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence; ROULAND, Norbert: *Aux Confins du Droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, 1991, Editions Odile Jacob.

permitir que se generen en el seno de la sociedad civil. Por ello se habla de “sociedad autorregulada”,⁽⁴⁾ lo que recuerda -paradojalmente- la concepción hegeliana de la administración pública como parte de la sociedad civil⁽⁵⁾. HEGEL, cuya tesis esencial al respecto consistía en la preeminencia de lo público sobre lo privado, se hubiera sorprendido ante esta aplicación de su idea.

Otros autores, admitiendo que aún (o más aún) en un marco de libertad de mercado las reglas de juego son indispensables, diferencian entre reglamentación y regulación. La primera sería heterónoma y la segunda surgiría de las opciones, alternativas y márgenes que quedarían librados a la espontaneidad de los actores sociales. Se contraponen, en ese sentido, los ejemplos del cruce de rutas con semáforo o agente de tránsito y la rotonda de circulación continua, que ordena sin constreñir⁽⁶⁾

Por otra parte, como señala BOBBIO, la tendencia a la publicización del derecho privado, característica del Estado de Bienestar, coexiste con la privatización del derecho público, manifestándose en fenómenos como el de la contratación colectiva o los pactos políticos, porque “los dos procesos, de publicitación de lo privado y de privatización de lo público, de ninguna manera son incompatibles, y de hecho se compenetran uno en otro”⁽⁷⁾

Como puede apreciarse, las relaciones entre Derecho y gestión han sido planteadas de diversa manera y con diferentes alcances desde hace más de un siglo y medio. La tendencia en favor de la desregulación y del libre juego del mercado reactualiza, pues, un debate bastante antiguo. Sin embargo, los problemas que lo suscitaron ya no son los mismo y los anteriores permanecen sin ser resueltos. No cabe, por consiguiente, remitirse a alguna de las posiciones ya explicitadas en otras épocas sino que se trata de construir soluciones para los desafíos actuales.

En el campo específico de la gestión este debate se ha librado entre los partidarios del modelo racional-burocrático y el gerencial. El primero supone que puesto que la ley es producto de la voluntad general, su respeto constituye la base de legitimación del obrar administrativo.

Esta concepción implica exigir a administradores y gobernantes que no violen el orden jurídico, pero se desentiende de los resultados de la gestión. La ineficacia es susceptible de generar responsabilidades políticas, pero no tiene consecuencias administrativas y sólo alcanza a los funcionarios electivos. Los

(4) COHEN-TANUGI, *op. cit.*

(5) HEGEL, Guillermo Federico: *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1944, Editorial Claridad, pág. 175.

(6) MIAILLE, Michel: *La régulation et le pouvoir politique*, Barcelona, 1991, Institut de Ciències Polítiques i Socials.

(7) BOBBIO, Norberto: *Estado, gobierno y sociedad*, México, 1991, Fondo de Cultura Económica, pág. 32.

burócratas, mientras se atengan a las reglas, están a salvo de las consecuencias de su mala gestión.

La función de la ley en este modelo consiste primordialmente en poner límites al obrar administrativo, y secundariamente en habilitar competencias y establecer reglas organizativas. Protege contra la arbitrariedad al fijar las atribuciones y competencias de los funcionarios - lo que no es poco - pero no resuelve el problema de la eficacia en la gestión ni responde exigencia de satisfacer las necesidades sociales.

Además de la legitimación que proporciona el respeto de la legalidad, este modelo supone la previsibilidad de las conductas y la eliminación de los conflictos.

Puesto que las reglas no están referidas a hombres concretos sino a tipos ideales, no se tienen en cuenta las diferencias ni las particularidades. Este principio - que es esencial para preservar la igualdad jurídica - cuando se aplica automáticamente a la gestión tiene el efecto de condenar la iniciativa, la heterodoxia y, por consiguiente, la innovación.

El modelo racional-burocrático plantea una tensión y un eventual conflicto entre la regularidad y la eficacia, ya que la adopción de decisiones siempre eutroira el riesgo de incurrir en responsabilidades. Esto fomenta el comportamiento rutinario, que casi siempre se convierte en estrategia de supervivencia y permite el desarrollo de una carrera sin sobresaltos.

La gestión concebida con base en estos principios impone a los agentes obligaciones de medios y no de resultados, y la responsabilidad “puede surgir de la infracción a las reglas, pero no porque no se hayan alcanzado los objetivos asignados”⁽⁸⁾.

La relativa coherencia de este modelo se mantiene mientras la administración pública no se enfrenta a tareas de alta complejidad como las que plantean la promoción de actividades económicas, la preservación ecológica o la asistencia social. Este tipo de problemas ha puesto en evidencia no sólo la disfuncionalidad del modelo racional-burocrático, sino también algunas contradicciones en lo que se suponía una construcción sin fisuras.

Se observó en primer lugar que los comportamientos individuales suelen responder a motivaciones, actitudes y lógicas que no necesariamente coinciden con lo que suponen las reglas.

A esa comprobación siguió la de que las relaciones interburocráticas no se limitan a lo establecido en las previsiones formales, sino que existen vínculos y comportamientos reales tanto o más efectivos y frecuentemente contradictorios con aquellas.

(8) CHEVALLIER, Jacques y LOSCHAK, Danielle: “Rationalité juridique et rationalité managériale dans l’administration française”, *Revue Française d’Administration Publique*, Paris, 1982, N° 4 pág. 67.

A su vez, los estudios sobre la naturaleza del lenguaje jurídico señalaron que éste, lejos de ser inequívoco, admite interpretaciones disímiles.

A estas objeciones se agregó la de la imposibilidad fáctica de que las reglas contemplen todas las situaciones posibles, de lo cual resulta que es difícil alcanzar la previsibilidad que era su objetivo. Si lo logran, por otra parte, matarían toda iniciativa y se desentenderían de la eficacia.

La división rígida entre funciones de dirección y ejecución, inherente al modelo racional-burocrático, aparte de las objeciones que merece desde el punto de vista de su inadecuación a la realidad, supone en los subordinados una tarea mecánica que excluye la reflexión y el análisis, desaprovecha su experiencia e iniciativa y perjudica su productividad.

Esa rigidez, se ha observado, “induce a una reacción en dos direcciones fundamentales: o los hombres “se ajustan y se redondean”, según las exigencias burocráticas, resignando sus potencialidades fundamentales de creación, o resisten la presión burocrática saboteando de uno u otro modo la actividad de la organización”⁽⁹⁾.

Como reacción contra este problema en la década del 70 se abrió paso en el sector público el modelo gerencial, que ya tenía varias décadas de aplicación en la actividad privada.

Los nuevos métodos, se dijo, “tienden a eliminar la administración tradicional, jerárquica, compartimentada y caracterizada por un negativo juridicismo”⁽¹⁰⁾.

El modelo gerencial perseguía reemplazar el modelo weberiano por otro que, superando sus disfuncionalidades, fuera verdaderamente científico, previsible y eficaz.

En lugar de lograr esa previsibilidad a través de la observancia de reglas preestablecidas y de evitar los conflictos respetando las competencias, en el modelo gerencial estos objetivos se persiguen mediante el empleo de instrumentos técnicos como el procesamiento de la información, los juegos de simulación, la teoría de sistemas.

Se trata de resolver la despersonalización del modelo burocrático llamando la atención sobre las relaciones humanas; de borrar la separación tajante entre dirección y ejecución proponiendo la persuasión, la participación y el consenso; de flexibilizar la rigidez organizativa mediante los grupos operativos, la delegación y la descentralización.

El control de gestión adquiere un nuevo sentido, ya que en lugar de priorizar el cumplimiento de las reglas y la correspondencia formal entre

(9) KLIKSBERG, Bernardo: “La racionalidad irracional de la burocracia”, en *Cuestionando en administración*, Buenos Aires, 1973, Paidós.

(10) SFEZ, cit. por MICHEL MASSANET: *La nouvelle gestion publique. Pour un état sans bureaucratie*, Suresnes, 1975, pág. 58.

gastos, previsiones y comprobantes, se indaga acerca del cumplimiento de las metas y del adecuado empleo de los recursos.

La dirección también requiere un estilo diferente, ya que en lugar de basarse en el mando es concebida como la tarea de “obtener resultados mediante la acción de los otros”⁽¹¹⁾. Queda atrás, desde luego, la receta de TAYLOR, para quien el subordinado ideal debía limitarse a “ejecutar las órdenes dadas en sus menores detalles” sin examinarlas ni preguntarse por sus finalidades⁽¹²⁾.

El supuesto esencial de esta fórmula reside en que el cumplimiento mecánico de las reglas garantiza el logro de los resultados. Si esto no ocurre lo que debe hacerse es cambiar las reglas hasta lograr las que resulten adecuadas, pero de ese modo no queda resuelto el problema de cómo hallarlas si no es a través de la aplicación de la iniciativa y la inteligencia, y a esto último apunta la propuesta del modelo gerencial.

Pero este modelo tiene a su vez diversas debilidades. En primer lugar, porque da a las técnicas un valor y una funcionalidad que parecen no depender de previas opciones políticas, valores, finalidades e intereses. En segundo lugar, porque supone una racionalidad universal cuando la realidad ofrece “racionalidades múltiples, quizás contradictorias, que se enfrentan en el seno de una misma sociedad”⁽¹³⁾.

No hay duda de las ventajas del modelo gerencial sobre el racional-burocrático cuando se trata de medir la eficiencia y la eficacia. Sin embargo, puede haber diferencias para considerar lo que es eficiente o eficaz según se trate de organismos públicos o empresas privadas. Esto ocurre, por ejemplo, en las actividades estatales no productivas de bienes o servicios, donde no existe el parámetro del resultado económico. En ese caso los consumidores o prestatarios no son “clientes” porque no actúan con libertad de elección, porque sería difícil identificarlos, y porque ciertos servicios (salud o educación, por ejemplo) a menudo deben ser impuestos. Los productos, a su vez, son a veces intangibles o de difícil medición, como la calidad de vida, el ambiente natural o la justicia⁽¹⁴⁾.

La corriente inspirada en el modelo gerencial ejerció una influencia positiva sobre la administración pública: llamó la atención sobre la existencia de relaciones informales, sobre las ventajas de fomentar la iniciativa y de favorecer la motivación y sobre la necesidad de lograr resultados en lugar de conformarse con la regularidad de los procedimientos.

(11) CHEVALLIER y LOSCHAK, *op. cit.*, pág. 70.

(12) KLIKSBERG, *op. cit.*, pág. 172.

(13) CHEVALLIER y LOSCHAK, *op. cit.*, pág. 72.

(14) KEE, Jed y BLACK, Roger: Is excellence in the public sector possible?., en *Public Productivity Review*, volume IX, N° 1, New York, 1985.

Todo esto inspiró nuevas formas de organización y gestión que - sin dejar de lado el respeto por el orden jurídico - recurren a las estructuras flexibles, favorecen la participación y fomentan la iniciativa. Pero estas nuevas formas coexisten con las antiguas y a veces son absorbidas por ellas. La tensión es permanente, no sólo por la fuerza de los intereses creados en torno al modelo burocrático, sino también porque la exigencia de que la administración pública actúe con eficacia tiene un límite en la necesidad de proteger a los individuos contra la arbitrariedad.

Las normas que enmarcan y limitan la actividad administrativa son, pues, esenciales en el Estado de Derecho, lo que explica la tradicional preponderancia de la formación jurídica de los funcionarios públicos (por lo menos en el sistema continental europeo)⁽¹⁵⁾. El sistema británico, en cambio, se inclinó hacia la cultura clásica - filosófica o artística - sobre el supuesto de que interesa más la disciplina mental y el buen sentido que los conocimientos específicos⁽¹⁶⁾.

Esta diferencia aporta en principio un argumento de peso para quienes - como originariamente Tocqueville, después Dicey y recientemente Cohen-Tanugi - contraponen ambos sistemas. Pero actualmente ya no se considera que existan los tipos puros que fueron llamados en su tiempo *rule of law* y *droit administratif*, y hay - por ejemplo - tratados de derecho administrativo en los Estados Unidos de América y en Gran Bretaña⁽¹⁷⁾.

Hoy el Derecho ha perdido la primacía que detentaba en la formación de funcionarios públicos, no porque éstos no deban conocerlo y aprender a respetarlo, sino porque se reconoce que eso no basta para su desempeño eficiente en un entorno en el cual predominan las situaciones de incertidumbre en lugar de un supuesto horizonte previsible y previsto mediante reglas micuniosas⁽¹⁸⁾.

El problema no reside, pues, en que el Derecho no deba enmarcar la actividad administrativa porque esto no se planteó ni siquiera durante el apogeo del *droit administratif*, en cuya esencia reinaba la idea de una administración pública con prerrogativas frente a los particulares. La cuestión consiste en optar por el Derecho como límite o como punto de partida para una actividad que, sin violarlo, persiga objetivos materiales cuyo logro es tan esencial como el respecto por las normas.

(15) KOENIG, Klaus: *La educación para la administración pública en Europa Occidental*, Madrid, 1978, Instituto Nacional de Administración Pública.

(16) *El informe Fulton. Tres estudios sobre el servicio civil británico*, Madrid, 1973, Instituto Nacional de Administración Pública.

(17) Sic.

(18) FABREGAT ROMERO, Pilar y URANGA COGOLLOS, Carlos: "*La selección de personal en la Administración Pública. El mito del Administrador Educado*", *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Madrid, volumen 57 N° 2, junio de 1991.

Si no se resuelve esa disyuntiva, la función de las normas como garantía puede convertirse en contradictoria con la necesidad de actuar con eficacia.

A su vez, en la actual desconfianza hacia el Estado hay algunos planteos contradictorios. Por una parte la separación de las esferas pública y privada - propia de la concepción liberal - requiere constreñir la actividad del Estado con limitaciones normativas, lo que llevaría a la adopción del modelo racional-burocrático. Al mismo tiempo se exige a la administración pública el logro de resultados materiales con el menor empleo posible de recursos, lo que implica un predominio de los criterios gerenciales y consecuentemente una menor influencia de los recaudos formales entre los que se cuentan las normas jurídicas.

Simultáneamente, esta corriente propicia la desregulación (o desreglamentación, según la precisión formulada en el citado trabajo de Miaille), basada en la confianza en el poder autorregulatorio de la sociedad a través del libre funcionamiento del mercado⁽¹⁹⁾. Pero al respecto se han señalado dos órdenes de objeciones: por una parte, el juego del mercado requiere regulaciones estatales que lo garanticen contra las prácticas que lo desvirtúan o eliminan; por otra, la supuesta autorregulación tiende a suprimir la mediación del sistema político, que es precisamente el campo en el que se presume la igualdad y se puede aspirar al ejercicio de la democracia⁽²⁰⁾.

Aún sin llegar a una propuesta de tan graves consecuencias como la de HAYEK, - que con apariencia de máxima libertad se limita a la de las fuerzas económicas y se desentiende de la democracia política - la tendencia actualmente predominante conduce sin duda a un menor grado de regulación, y cuestiona la idea de que la totalidad de la vida social esté subsumida en el Derecho. En cambio, propicia el pluralismo de sistemas normativos, o bien "l'ypothese du non-droit": "Quand nous parlerons de non droit, il sera dono loisible plus ou moins considérable de la pression juridique"⁽²¹⁾.

Desde diferentes ángulos, ideologías y posturas políticas se objeta la pretensión de un Derecho omnipresente que de cuenta, prevea y enmarque la totalidad de la vida social.

A su vez, el cuestionamiento de la regulación preveniente del Estado puede verse - desde el punto de vista de la teoría organizacional - como una segunda etapa de la toma de conciencia que comenzó con la crítica al modelo racional-burocrático: en esencia, en ambos casos se parte de un fenómeno real que consiste en la dificultad para lograr al mismo tiempo, a través de las

(19) VON HAYEK, *Droit, Legislation et Liberté*, Paris, 1980, Presses Universitaires de France.

(20) VERGARA, Jorge: *Popper y la teoría política neoliberal*, en *Crítica y Utopía*, N° 12, Buenos Aires, 1984.

(21) CARBONNIER, Jean: *Flexible Droit. Textes por une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1983, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, pág. 25.

normas, la previsibilidad, la eficiencia y la eficacia⁽²²⁾.

Si bien, como dijo MICHEL CROZIER en el afortunado título de una de sus obras, “no se cambia la sociedad por decreto”, tampoco es posible hacerlo **sin el Derecho**. En el estado actual de la cuestión no se puede sostener que las reglas - ni las jurídicas ni las técnicas - sean suficientes para resolver los problemas y prever las alternativas de la gestión. Pero de aquí en más, si el debate ha de ser fructífero deberá centrarse en los temas referidos al origen, carácter y contenido de las normas en lugar de versar de modo genérico sobre su mayor o menor presencia en la vida social.

(22) Sic.