

CONTROLES JURÍDICOS VS. REGLAS TÉCNICAS: UNA ERRÓNEA OPOSICIÓN

LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE EL MODELO RACIONAL-BUROCRÁTICO Y EL GERENCIAL PUEDE SER OBJETADA, TODA VEZ QUE LAS NORMAS JURÍDICAS CONSTITUYEN UN REQUISITO INDISPENSABLE EN EL PROCESO DE EVALUACIÓN POR RESULTADOS. EL MARGEN DE LIBERTAD QUE LAS REGLAS CONFIEREN A LOS FUNCIONARIOS DEBE ESTAR LIMITADO POR DOS TIPOS DE CONTROLES: EL DE LEGALIDAD Y EL DE RAZONABILIDAD. BAJO ESTA IDEA, LA FALTA DE PRECISIÓN EN LOS ASPECTOS JURÍDICOS CONSTITUYE UNA DEBILIDAD DEL ACTUAL PLAN DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO.



por **ENRIQUE I. GROISMAN**. *Ex profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional (UBA). Ex subsecretario de Análisis Jurídico y Elaboración Normativa (1983-1986)*



Partiendo de la contraposición entre el modelo gerencial y el racional-burocrático, se suele considerar las normas jurídicas más como un estorbo que como el límite para la arbitrariedad. Lo que me propongo sostener es que tanto las reglas técnicas como las normas jurídicas parten de supuestos similares y que existe entre ellas una relación de mutua dependencia.

La crítica del sistema de controles que describe el modelo racional-burocrático señala que, al ceñir la actividad administrativa mediante un conjunto de normas, supone que el respeto de estas alcanzará los resultados a que aspiren las decisiones políticas. Surge de ello que la primera será legitimada por la no violación de las segundas, o sea que el obrar administrativo ha de legitimarse por el respeto de las normas y no por sus logros. El modelo gerencial parte de un supuesto similar, en cuanto propone reemplazar las normas jurídicas por reglas técnicas, suponiendo que serían más aptas para obtener resultados. Pero puede ocurrir –y muchas veces ocurre– que tanto las normas jurídicas como las técnicas puedan ser inadecuadas y traben la actividad burocrática en vez de encaminarla.

Ambos modelos dan por supuesto el carácter neutro de las

reglas. Lo ejemplificó Woodrow Wilson, cuando dijo que podemos aprender del delincuente a manejar el cuchillo, sin que ello implique utilizarlo para los mismos fines. Sin embargo, la neutralidad de las reglas técnicas no implica necesariamente que solo exista una regla apta para cada problema. Si así fuera, resultaría necesario decidir cuál es la adecuada y –antes– determinar quién ha de hacerlo. Como la obvia respuesta es que ello corresponde a los técnicos, para que ello no lleve a una solución antidemocrática sería necesario asignar a las reglas técnicas la categoría de verdades científicas. Entonces, sí, las reglas técnicas serían indiscutibles y, sobre todo, infalibles.

Pero parece que por este camino habríamos llegado demasiado lejos, porque ese razonamiento conduce a considerar las normas jurídicas como un estorbo para la gestión en vez de un límite para la arbitrariedad. Con ellas se estructura el sistema democrático, se establecen los derechos y garantías y se organizan los llamados controles clásicos de la actividad administrativa. Pero la elaboración de las normas jurídicas también constituye una técnica que –como ocurre con las aplicables a la administración– requiere una previa decisión política.

Si bien era cierta aquella recordada frase de Crozier –“No se

Lo que me propongo sostener es que tanto las reglas técnicas como las normas jurídicas parten de supuestos similares y que existe entre ellas una relación de mutua dependencia.



cambia la sociedad por decreto”–, no menos lo es que no se la cambia *sin* decreto, o sea, sin normas que determinen u orienten la conducta de aquellos a quienes estén dirigidas, que habiliten la competencia de los órganos estatales, que fijen atribuciones, que determinen responsabilidades.

Es cierto –como muchas críticas lo señalan– que las normas jurídicas no aseguran resultados y –en general– tampoco lo pretenden, salvo en el caso de los denominados actos enteramente reglados. Para los demás, suele existir un margen de decisión –denominado discrecional– para que el órgano respectivo opte entre diversas soluciones según su criterio de oportunidad y conveniencia, sin que ninguna de ellas transgreda el orden jurídico.

En un Estado de Derecho no puede haber actos completamente librados a la voluntad de quien debe decidir, porque ello implicaría permitir la arbitrariedad, pero es posible conferir un margen variable de decisión librado al criterio de quien debe decidir. Si ese margen no existe se convierte al funcionario en autómatas, pero si es muy amplio quedamos sometidos a su arbitrio. Los extremos nos llevarían a optar por un dictador –siempre que sea justo y honesto– y una computadora. La primera alternativa requeriría definir qué se considera justo y quién decide cuándo lo es. La segunda, quién diseña el programa de la computadora y con qué criterios. Siempre haría falta alguna previsión para el caso de que ese dictador benévolo dejara de serlo. Para evitarlo sirve el sistema jurídico (además, por supuesto, de los valores, los controles sociales, los usos y costumbres y los comportamientos colectivos).

Pero el componente jurídico de la actividad administrativa también requiere una técnica: hay manuales de técnica legislativa, diccionarios jurídicos, libros de doctrina y decisiones judiciales, todo lo cual no puede ser soslayado al elaborar las normas, ni al aplicarlas. No tener eso en cuenta lleva a reglas que, con apariencia de Derecho, constituyen sólo expresiones de deseos. El planteo de un modelo gerencial en contraposición del racional-burocrático tiene ya varias décadas, pero algunos de sus argumentos son considerablemente más antiguos. Para Tocqueville, la clave del progreso de los Estados Unidos de América consistía en que allí el Estado “gobierna pero no administra”, lo que llevaba implícita la dicotomía “política o administración” que habría de ser esencial en el modelo racional-burocrático de Max Weber. Pero si bien ambos autores coincidieron en separar la política de la administración, hay entre ellos diferencias esenciales: para Tocqueville, en el sistema norteamericano “la jerarquía administrativa no existe”, y “el sistema administrativo

se encuentra diseminado en una multitud de manos”, lo que consideraba positivo puesto que la burocracia era “más poderosa que los césares”.

En el modelo racional-burocrático, ese poder se supone constreñido por normas jurídicas y privado de decisiones políticas, lo que implica una terminante separación entre estas y la actividad burocrática. Esa separación también se propone en el modelo gerencial, pero este agrega la necesidad de sumar al control de legalidad el concepto de *accountability*, traducido como *responsabilización*, rendición de cuentas o *responsabilidad*, que alude no solo a las debidas a terceros, sino a un compromiso subjetivo con los resultados de la gestión. Las normas jurídicas no bastan para lograrlo, pero constituyen el requisito para que sea exigible: la organización administrativa, los deberes y derechos de los funcionarios, su carrera, el sistema de calificaciones, las normas contables, los estímulos y sanciones, todos estos temas se estructuran con base en ellas.

La evaluación de resultados –uno de los instrumentos relevantes del modelo gerencial– está supeditada a la competencia y a las atribuciones conferidas al órgano respectivo. No dudo acerca de que la gestión por resultados constituye un instrumento



necesario para mejorar la gestión, pero siempre que se inscriba en un marco jurídico que prevea los medios para ejercerlo y las consecuencias del incumplimiento. No se puede exigir resultados a quien no tiene atribuciones, ni a aquel cuya actividad requiere la de terceros, ni a quien no se proporcionan los medios necesarios.

Para exigir de los funcionarios el compromiso que implica la responsabilización es necesario acordarles ese margen de libertad para decidir, lo que jurídicamente se denomina discrecionalidad. Pero esta nunca puede ser absoluta; antes bien, está limitada por la misma norma que la confiere y sometida a dos tipos de controles: el de legalidad y el de razonabilidad. Es en el ámbito de la discrecionalidad donde los modelos gerencial y racional-burocrático tienen un espacio común: para exigir resultados debe acordarse una cierta libertad en la elección de los medios. La actividad administrativa –tanto la reglada como la discrecional– está sometida a diversos tipos de control: el externo y el interno. El primero corresponde a los demás poderes: legislativo y judicial. El Congreso designa a los integrantes de la Auditoría General de la Nación, que tiene la función de informarle sobre las irregularidades que detecte y puede requerir informes a los órganos administrativos, citar a los ministros a brindar informes y explicaciones, aprobar o desechar la cuenta de inversión del presupuesto. Por su parte, el poder judicial controla la legalidad de los actos administrativos y la conducta de los funcionarios. Los controles internos de la administración pública se estructuran con base en dos conceptos básicos: jerarquía y competencia. La jerarquía se refiere a los niveles de decisión en los cuales se ubican los diferentes órganos, y la competencia establece el ámbito dentro del cual estos están facultados para decidir. En la administración centralizada que establece nuestra Constitución, el Presidente “es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país”, y aunque esto último se asigna al jefe de Gabinete de Ministros, este es designado y puede ser removido por el Presidente. Fuera de la línea jerárquica se encuentran las universidades nacionales, que son creadas por el Congreso y a las que la Constitución nacional confiere autonomía, y las entidades autárquicas, también creadas por ley, a las que se confiere un variable margen de decisión en cuanto a su oportunidad y conveniencia. La discrecionalidad, por más amplia que sea, no está exenta de

controles. En primer lugar, el de legalidad, que consiste en verificar si el acto se ha dictado dentro de las atribuciones del órgano respectivo y si no ha violado el orden jurídico. Cuando esto último ocurre se configura la arbitrariedad, y corresponde a la Justicia decidir la anulación del acto. Pero aun cuando el acto no sea ilegal, puede estar afectado por otro vicio: la irrazonabilidad, caracterizada por la jurisprudencia como la relación inadecuada entre los fines perseguidos por una norma o un acto y los medios empleados para alcanzarlos.

Es cierto que la declaración de irrazonabilidad tiene a su vez un margen discrecional, ya que depende de lo que los jueces entienden como tal. Pero ello también ocurre con la interpretación de la ley: durante más de un siglo y medio la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que la igualdad ante la ley consagrada por la Constitución no implicaba la necesidad de integración racial en las escuelas, hasta que, en un fallo memorable, se modificó ese criterio.

De lo expuesto hasta ahora surge que la gestión por resultados, lejos de prescindir del marco normativo, requiere de este un margen de discrecionalidad que tiene, a su vez, límites legales y controles jurídicos. Teniendo en cuenta lo señalado, es oportuno analizar el modo con el que el reciente Plan de Modernización del Estado invoca la gestión por resultados como un medio para alcanzar sus fines.

De hecho, se la menciona reiteradamente: en los considerandos del decreto, donde detalla el propósito de actuar con “cuerpos técnicos profesionalizados, orientados a una gestión por resultados”; en la presentación del plan, donde enuncia el propósito de actuar “a través de un modelo de gestión que haga énfasis en los resultados...” y su objetivo de contar con “organizaciones flexibles orientadas a la gestión por resultados”; lo repite en los objetivos, donde habla de crear “organizaciones simples” que “se reflejen”, entre otros requerimientos, en “la rendición de cuentas por resultados”; una vez más, el eje 3 se titula “Gestión por resultados y compromisos públicos”.

Sin embargo, en ninguna de estas menciones se proporciona una pauta de los criterios con los cuales los resultados serán evaluados, ni a quiénes serán exigidos. Puede deducirse que aquellos lo serán en relación con “compromisos de mejora en el servicio” y “compromisos de desempeño” “entre los responsables de cada sujeto alcanzado por el plan”, pero los sujetos no están



definidos: si se tiene en cuenta que el artículo 2º alcanza a “la administración central, los organismos descentralizados y las entidades autárquicas” y “las empresas y sociedades del Estado”. Para decirlo en una palabra, “todos”.

El artículo 6º aumenta la imprecisión cuando alude a ese universo como “organismos y entidades”, sin discriminar entre competencias y niveles jerárquicos, lo que se complica cuando, en el eje 4, se menciona a ambos como si fueran sinónimos: “Fomentar la instrumentación de compromisos de mejora en el servicio que prestan los organismos públicos, mediante la firma de un documento de carácter público, en el que cada entidad explicita...”. Como organismo descentralizado y entidad autárquica son sinónimos, surge la duda acerca de si se quiso decir organismos desconcentrados. La confusión no termina aquí, porque el mismo artículo dispone que la obligación es alternativa (“y/o”) entre la entidad y “los responsables de cada sujeto alcanzado por el plan”. En este caso, no se aclara a quién corresponde la opción, ni qué se entiende por “sujeto” ni por “alcanzado”.

El Plan de Modernización parece considerar que los aspectos jurídicos son secundarios, porque cuando se refiere a las atribuciones conferidas al respectivo ministerio, que es quien habrá de implementarlo, se enumeran varias que redundan por estar implícitas en la primera (“Ejecutar todas aquellas acciones necesarias para la efectiva realización del Plan de Modernización del Estado”) y se agrega “entre otras” cuyo contenido se ignora, lo que en todo caso haría imposible el control de los resultados de su ejercicio.

Como he tratado de demostrar que los controles jurídicos no son incompatibles sino complementarios de la gestión por resultados, encuentro en el comentado Plan de Modernización del Estado un ejemplo actual de lo que ocurre cuando se los considera separados o quizás antagónicos.

No dudo acerca de que la gestión por resultados constituye un instrumento necesario para mejorar la gestión, pero siempre que se inscriba en un marco jurídico que prevea los medios para ejercerlo y las consecuencias del incumplimiento.