

«Derecho y Management en las Administraciones Públicas»

¿Los paradigmas del management público y del derecho administrativo son incompatibles? En la percepción cotidiana de muchos políticos y directivos públicos así parece. La hipótesis de este trabajo es, sin embargo, la contraria. Para razonarla se argumenta la coincidencia profunda entre los paradigmas originarios del Derecho administrativo tradicional («el proyecto antidiscrecional»), por un lado, y las tradiciones de la burocracia clásica y la ordenación científica del trabajo, por otro. Las dificultades de comunicación entre Derecho y Management se interpretan como resultado de un desfase en el cambio de los respectivos paradigmas. Mientras el management ha abandonado la pretensión de racionalidad universal del modelo burocrático en busca de formas de racionalidad más complejas y plurales, el Derecho administrativo sigue aferrado a un paradigma intelectual garantístico, mecanicista y universal que está produciendo su percepción como una buropatología más por parte de los directivos públicos. Este trabajo aboga por la necesidad de producir un cambio de paradigma en el Derecho administrativo que le permita avanzar en un diálogo fecundo con el Management público postburocrático.

Gestiogintza publikoaren paradigmak eta zuzenbide administratiboarenak bateraezinak ote dira? Hala dela ematen baitu politikari eta administrazio-zuzendari askoren eguneroko ustean. Lan honen hipotesia, ordea, justu-justu horren kontrakoa da. Eta hori arrazoitzeko, alde batetik Zuzenbide administratibo tradizionalaren («proiektu antidiskrezionala») eta bestetik burokraziaren tradizioaren eta lanaren antolamendu zientifikoren jatorrizko paradigmaren artean ematen den bateratasun sakona argudiatzen da. Zuzenbidearen eta Gestiongitzaren arteko komunikazio-zailtasunak, hauetako bakoitzaren aldetan eman den desfasearen ondorio bezala interpretatzen dira. Gestiogintzak, eredu burokratikoak unibertetsalki razionala izan beharko lukeelako ustea beste razionalitate-modu konplexu eta pluralago batzuen aldeko apostua eginez alde batera utzi duen bitartean, Zuzenbide administratiboak paradigma intelektual bermezale, mekanizista eta unibertetsal bati oratua jarraitzen du, bere pertzepzioa zuzendari publikoen aldetik buropatologia bat gehiago bezala produzituz. Lan honek Zuzenbide administratiboaren paradigmaren aldaketak egin behar diren aldeko apostua egiten du, horrela Gestiogintza publiko postburokratikoarekiko elkarriketa oparo batean aurrera egiteko bidea eman dezan.

Are the paradigms of public management and administrative law incompatible? Judging from the way many politicians and public managers perceive them, this would appear to be the case. Nevertheless, the hypothesis of this paper is just the opposite. In order to justify this hypothesis the author examines the close coincidence between the paradigms that are the basis of traditional administrative law («the anti-discretionary project») on the one hand and the traditions of classic bureaucracy and «scientific» management. Law and Management have trouble communicating and the author sees this as a result of the different speeds at which changes in the paradigms of the two fields are taking place. While management has already abandoned any pretension to universal rationality of the bureaucratic model and is searching for more complex and plural forms of rationality, administrative law is still clinging to the mechanistic and universal intellectual paradigm that is sometimes called the «anti-discretionary project». This is causing public managers to perceive administrative law as just another «bureaupathology». This paper advocates the need to produce a paradigm shift in administrative law in order to foster the potential of a dialogue with post-bureaucratic public management.

Palabras clave: Gestión pública, derecho administrativo.
Nº de clasificación JEL: H11, H83, K23

Una de las transformaciones más llamativas de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo (años 80 y actuales 90) ha sido y está siendo la irrupción del caballo del «management» en todas las cacharrerías administrativas del mundo (1). El fenómeno está generando inevitablemente confusión, principalmente porque, a diferencia de lo que sucedió con «las modernas técnicas de gestión» de la reforma administrativa de los años 50 y los 60, el management no se presenta ahora como un mero

añadido tecnocrático al orden tradicional de la legitimidad legal de las Administraciones, sino como portador de un propio factor de legitimidad, representado por los valores de eficacia y eficiencia, ya constitucionalmente reconocidos.

Resulta así que a la legitimidad legal de las Administraciones Públicas se ha añadido no sólo la exigencia de los valores de la equidad social y de la participación, planteados por la transición al Estado Social y Democrático de Derecho, sino que, en los últimos años, la legitimidad de las Administraciones Públicas exige, además, la eficacia y la eficiencia en el uso de los recursos públicos. Lo cual responde a una necesidad y demanda social derivada no sólo del hecho de que las Administraciones manejan ingentes recursos públicos (entre el 35 y el 50% del PIB en los países de la OCDE) y de que éstos son al fin y al cabo sustracciones fiscales coactivas de los patrimonios privados, sino que deriva además y principalmente de que la eficacia y la eficiencia de la gestión pública se han convertido hoy en una

(1) De la generalidad y alcance del fenómeno en todas las democracias avanzadas se da cuenta en una excelente tesis doctoral, no por casualidad gestada y producida entre ESADE y DEUSTO, cuyo autor es Koldo ECHEBARRIA y lleva el significativo título de «*La Administración Pública en la era del management. Reflexiones sobre una década de modernización administrativa*». Sobre la importancia del management en la llamada Administración para el Desarrollo baste con considerar que el enfoque «management» es el claramente dominante en las Naciones Unidas (MDP, Management Development Program, del PNUD, Plan de Naciones Unidas para el Desarrollo), en el Banco Mundial (que dispone de una cada vez más influyente División de Management público), en el Banco Interamericano de Desarrollo y en la OCDE, por la misma razón. Sobre la importancia del management en el movimiento de la reforma administrativa globalmente considerada, vid. CAIDEN, GE, *Administrative Reform Comes of Age*, Berlín, Walter de Gruyter, 1991.

condición de supervivencia y en un factor o directriz de reforma no sólo del propio Estado Social sino para el logro de la competitividad y en consecuencia del mismo desarrollo económico de cada país (2).

(2) La literatura sobre la relación entre el Estado del bienestar y los valores de la eficacia y eficiencia es abundantísima y sobradamente conocida, por lo que nos excusamos de su reproducción, en beneficio propio, del lector y de los árboles. Quizás sí merezca el esfuerzo, en cambio, referenciar algún trabajo sobre la relevancia de la «calidad» del sector público para la competitividad de los respectivos países. Se trata de un tema conectado sin duda a las transformaciones del orden económico internacional. La pregunta inicial (¿por qué una nación se convierte en la sede de los competidores más ventajosos?) ha sido formulada por PORTER en una obra que es ya un clásico en la materia (PORTER, M.E., *The competitive Advantage of Nations*, Nex York, The Free Press, 1990).

El estudio del impacto positivo o negativo de las políticas estatales en la competitividad de las empresas es un tema que inquieta principalmente desde la crisis económica de los 70 (por ejemplo, BACON, R. y ELTIS, W., *Britains Economic Problems...* London, McMillan, 1976, desarrollaron la tesis de que los excesos en la construcción del Estado del bienestar perjudicaron gravemente la competitividad del Reino Unido dado que el desarrollo de la Administración social absorbió demasiado el excedente empresarial impidiendo un grado suficiente de inversión, productividad y exportación; inversamente, los comentaristas suelen elogiar la política japonesa de apoyo a las empresas y la competitividad, considerada ya como una directriz de «reforma administrativa», vid. al respecto WRIGHT, D.S. y SAKURAI, Y., «Administrative Reform in Japan...», en *Public Administration Review*, 1987, vol. 47, págs. 121 y sig.).

La competitividad como directriz de reforma administrativa aparece hoy en diversos documentos oficiales de Partidos políticos, Asociaciones empresariales, Organismos internacionales (vid., por ejemplo, el conocido manifiesto clintonita *Mandate for Change*, ed. by MARSHALL, W. y SCHRAM, M., The Progressive Policy Institute, New York, Berkley books, 1993, y, en especial, los trabajos de David OSBORNE incluidos en el mismo; o, entre nosotros, el «Estudio introductorio» al n.º 1, 1992, de la Revista del Instituto de Estudios Económicos, dedicado monográficamente a la revisión del Sector Público en los 90; igual inquietud expresa el documento del Gobierno francés COMISSARIAT GENERAL DU PLAN; *Raport de la Commission sur l'Efficacité de l'Etat: Le Pari de la Responsabilité*, Paris, La Documentation Française, 1989; o el interesante documento del Instituto de Desarrollo Económico del Banco Mundial, *International Competitiveness. Interaction of the Public and the Private Sector*, editado por Irfan ULL HAQUE, The World Bank, Washington DC, 1989).

La confusión procede también del hecho de que el management o, si se quiere, las ciencias de la gestión, lejos de responder a un paradigma bien establecido, se expresa en contenidos y formas muy plurales, a veces contradictorios, y, sobre todo, sin una corporación académica especializada que pueda reivindicar el monopolio o la hegemonía intelectual sobre el campo. En la organización ministerial del nuevo arbor scientiarum el management público sólo puede visualizarse como un componente de la Ciencia de la Administración, la cual, por lo demás, ni siquiera ha visto reconocida su substantividad, quedando reducida a mero apéndice del Derecho Administrativo y la Ciencia Política. Así las cosas nada tiene de extraño que la demanda pública de racionalización gerencial se haya orientado hacia las empresas consultoras y las escuelas de negocios. Y las respuestas aportadas por éstas, independientemente de sus méritos, no han podido dejar de introducir confusión.

La irrupción del management está transformando las Administraciones en torres de Babel, dada la pluralidad de enfoques, lenguajes, tecnologías, marcos conceptuales y hasta valores que van penetrando la organización y la acción administrativa y el pensamiento y el lenguaje de los administradores. De todos modos, algunas causas de la confusión parecen irse felizmente superando. En

Especial relieve teórico tiene el intento de algunos autores de precisar el concepto de «ecoestructura» como integrador de todas las variables determinantes de la competitividad internacional, cuyo manejo depende principalmente del Estado (DAVIDSON, W.H., «Ecostructures and International competitiveness», en NEGANDI, A.R. y SAVAR, A., *International Strategic Management*, Lexington (MA), Lexington Books, 1989), idea ésta que, bajo una u otra formulación está teniendo una acogida generalizada, como puede observarse en el reciente libro de DRUCKER, P.F., *Post-Capitalist Society*, New York, Harper Collins, 1993.

particular merece destacarse el abandono creciente de la ilusión infundada de que el management empresarial privado pueda trasladarse mimética y mecánicamente a las Administraciones Públicas. Esta ilusión sigue desde luego todavía presente en la práctica (no siempre ingenua) de muchas empresas consultoras y en la cabeza de algunos políticos y administradores que siguen impropriamente creyendo que el management es un repertorio de técnicas de gestión perfectamente intercambiables entre la empresa y las Administraciones Públicas. Pero, frente a todo ello, la comunidad científica internacional se ha decantado claramente: como dice Paulo Motta entre la gestión pública y la privada sucede como entre los hombres y las mujeres: coincidimos en el 90%, aunque es el 10% de diferencia lo que importa. El reconocimiento científico internacional creciente del «Management Público» parte de la afirmación de una empresa intelectual específica, que desborda con mucho el mero diálogo y traslación o imitación del management privado, dado que responde a problemas específicos de las Administraciones Públicas cuyo tratamiento requiere de investigación, marcos conceptuales y hasta técnicas de intervención asimismo específicas (3).

Pero gran parte de la confusión procede también de la incapacidad del Derecho administrativo para entender y establecer un diálogo fecundo con el management público. Lo que, por lo demás, no tiene

nada de extraño, dado el acartonamiento de la corporación administrativista en el paradigma «antidiscrecional» (4). Una de las hipótesis que vamos aquí a desarrollar es que la sustantividad o especificidad científica del Derecho administrativo, construida trabajosamente entre el último tercio del siglo pasado y el primero del actual, ha plasmado en un paradigma que atiende y resuelve los problemas de legitimidad del Estado Liberal de Derecho, pero que ha sido irrelevante e indiferente al desarrollo del Estado Social y Democrático, y resulta ajeno cuando no contradictorio con el desarrollo de la racionalidad gerencial pretendida por el management de hoy. El Derecho administrativo todavía dominante se encuentra aprisionado en un paradigma que no responde ya a la dinámica de los hechos, que conduce a la estéril negación y crítica de los mismos y que impide el diálogo fecundo con el management público, en el marco renovado de unas Ciencias de la Administración, hoy más necesarias que nunca, habida cuenta de las rápidas y profundas transformaciones a que está siendo sometido el sector público de nuestro tiempo.

Un fantasma de desazón recorre el Derecho Administrativo de todas las democracias occidentales. Los hechos se escapan y su negación conduce a un aislamiento creciente. Desde el

(3) La «especificidad» científica del management público es reconocida no sólo por los académicos que lideran internacionalmente esta área del conocimiento, sino también por los que lideran el management empresarial privado. La certeza y conocimiento del dato excusan las citas bibliográficas, pero no me resisto a recomendar la lectura del punto «Why Governments can't be run like a business» de la brillante obra de OSBORNE, D. y GAEBLER, *Reinventing Government, How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Addison-Wesley, 1992, pág. 20 y ss.

(4) Nos referimos a un fenómeno que no es, con mucho, exclusivamente español. Tendremos ocasión más adelante de referirnos específicamente al mismo. Baste ahora con citar al autor norteamericano que recientemente y de modo brillante no sólo ha argumentado que si el Derecho administrativo no abandona el proyecto antidiscrecional tradicional va a convertirse en una disciplina irrelevante cuando no obstaculizadora de las transformaciones del Estado de nuestro tiempo, sino que ha propuesto, además, unos líneas interesantes para el desarrollo de un nuevo paradigma: EDLEY, C.F., Jr., *Administrative Law, Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, New Haven and London, Yale University, 1990.

paradigma tradicional, ante la incapacidad de aprehender y responder las nuevas realidades con los instrumentos y los marcos conceptuales tan trabajosamente contruidos, se denuncia tan irritada como estérilmente la «huida» incesante e incontenible de los hechos, sin conseguir por lo demás conmover a casi nadie. Como Mintzberg estoy cada día más persuadido de que los seres humanos vemos lo que creemos, y considero con Kuhn que cuando un paradigma ya no permite integrar los nuevos hechos ni dar respuesta a los nuevos problemas, sencillamente se han sentado las bases de una típica revolución científica (5).

Todo este proceso general resulta desde luego mucho más notorio en el caso español. Baste con señalar que la primera función de racionalización de la autocracia franquista jugada por el Derecho Administrativo resultó coherente con el paradigma clásico, cuya razón histórica de ser ha sido principalmente garantizar mediante el control judicial las libertades económicas y el orden social autónomo del mercado frente al riesgo de la arbitrariedad de los poderes públicos. El Derecho Administrativo jugó sin duda un gran papel, pues aunque no superó en los hechos el estadio de la mera legalidad administrativa y el liberalismo económico, ayudó a la racionalización del Estado y al desarrollo de la autonomía de la sociedad civil. Además la confusión doctrinal consciente entre legalidad administrativa y Estado de Derecho empujó ideológicamente la transición hacia éste. Con lo cual debe reconocerse que, desde el reformismo franquista, el Derecho Administrativo ayudó a sentar las bases

jurídicas y económicas de la transición democrática española. La paradoja está en que cuando parecía que el paradigma del Derecho Administrativo había conseguido su pleno reconocimiento constitucional, una serie de importantísimos nuevos hechos o realidades obligan a plantear transformaciones radicales en el sector público, las cuales no sólo no encajan sino que cuestionan frontalmente el paradigma tradicional (6). No se trata, pues, de entrar en el absurdo juego de quien tiene razón, ni mucho menos de las descalificaciones. Los paradigmas científicos nunca serán eternos, y los que funcionan en un determinado contexto están necesariamente destinados a ser sustituidos por otros nuevos cuando el contexto cambia radicalmente (7). Lo que está en juego no es ninguna querella intestina sino la tarea colectiva de definir el proyecto intelectual del Derecho Administrativo de nuestro tiempo.

No se piense, sin embargo, que desde el management se contempla confortablemente la crisis del Derecho Administrativo. Las ciencias del management han vivido una interesantísima crisis y renovación de paradigmas, y el management público no es todavía sino un paradigma emergente. Por eso la oposición corriente entre Derecho Administrativo y management constituye en sí otra fuente de confusión que convendría aclarar. Desde el Derecho

(5) MINTZBERG, H. *Mintzberg y la Dirección*, Barcelona, Díaz Santos, 1991, pág. 32. Una interesante aplicación de las teorías de KUHN en el ámbito del management se encuentra en BARKER, J.A., *The Future Edge*, New York, William Morrow, 1992.

(6) A estos nuevos hechos y realidades nos referiremos sistemáticamente más adelante. Una descripción sucinta, que puede considerarse generalmente admitida, es la expuesta bajo la rúbrica «causas de la crisis del Estado como sistema de Derecho Público» en PAREJO, L. *Crisis y Renovación en el Derecho Público*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 17 a 29.

(7) Más adelante nos ocupamos de exponer sintéticamente la teoría de KUHN sobre los cambios o revoluciones de los paradigmas científicos, con consideración especial de su aplicación al ámbito de lo que podríamos denominar ciencias sociales perceptivas, como son el Derecho, el Management o la Teología.

Administrativo se sigue no queriendo entender el management, considerándosele a lo sumo como un repertorio de técnicas de mera ejecución de decisiones, con origen en la empresa privada y de sospechoso tufo norteamericano. Se quiere seguir ignorando que el management representa hoy el saber teórico y práctico sobre las organizaciones más reconocido internacionalmente; que lejos de ser un repertorio de recetas supuestamente universales es un proyecto intelectual y una práctica profesional fundamentales en un mundo de organizaciones. Por comodidad o por cerrazón corporativa no se quieren conocer las aportaciones del management a la teoría de la decisión, al diseño organizativo, a la gestión estratégica, a la gestión financiera o a la de los recursos humanos, por ejemplo. La consecuencia es que no se llegan a comprender toda una serie de procesos reales, que se denuncian como «huidas», y, lo que es peor, no se llegan a obtener toda una serie de conceptos y técnicas que permitirían salvar viejos e irrenunciables valores del paradigma tradicional al situarlos en fórmulas nuevas compatibles con los valores gerenciales de la eficacia y la eficiencia (8).

Desde el management, el Derecho Administrativo es percibido como un factor de freno o bloqueo de los procesos de racionalización gerencial. No conociendo otro Derecho Administrativo que el del proyecto antidiscrecional, el management se asombra de que se siga viviendo la

discrecionalidad como problema y no como la ocasión y oportunidad de servicio responsable a los intereses generales. La descalificación del Derecho Administrativo por el management se ha convertido en casi una constante de las políticas administrativas de la década de los 80. Basta un conocimiento mínimo de la cotidianidad administrativa para saber cómo ven y viven el Derecho Administrativo los directivos públicos, y no sólo en España. Puede pensarse desde luego que tal actitud es inherente a todo poder, que siempre tenderá a configurar como libertades jurídicas lo que son meras potestades. Pero el reproche no es sólo político sino también doctrinal. Por ejemplo, para Loschak, dadas la inevitabilidad y hasta la conveniencia de grados diferentes de discrecionalidad en tantos ámbitos del quehacer administrativo, el mantenimiento del paradigma tradicional está convirtiendo la legitimidad en legalidad formal y transformando el Derecho Administrativo en mera forma o molde que nada tiene que aportar al ejercicio positivo de la discrecionalidad, con lo que se permiten paradójicamente la apertura de brechas en el Estado de Derecho por las que la arbitrariedad se reintroduce de nuevo en el funcionamiento de los poderes públicos. Crozier llega a ver en la racionalidad legal dominante la causa principal de la extraordinaria rigidez de la Administración Pública y de la parálisis de las tentativas de adaptación de la misma. Willke habla de los costes de inadaptación del concepto tradicional de legalidad, costes que proceden no sólo de la pretensión de una normativización excesiva de la vida administrativa, sino del proceso de huida de un régimen administrativo que está de espaldas a las realidades de la sociedad moderna. Los testimonios podrían seguir alargándose. Baste con la cita de Caillosse que

(8) Un buen ejemplo viene constituido en el campo del Derecho de la Función Pública por el afinamiento y desarrollo de los conceptos angulares de «mérito y capacidad». Como ha demostrado en su tesis doctoral FEREZ, M., *Igualdad, Mérito y Capacidad en el acceso al empleo público profesional (Los casos de Estados Unidos, Francia y España)*, hoy carece de sentido manejar un concepto de mérito que no acoja los hallazgos producidos en este campo por el management de los recursos humanos.

haciéndose eco del debate generado en Francia, señala: «el Derecho Público», antes un instrumento privilegiado de modernidad, se considera hoy portador de una ideología refractaria a la innovación, que continúa asegurando a las Administraciones un tratamiento privilegiado, obstaculiza la introducción de una cultura empresarial y mira con desconfianza las iniciativas en favor de la competitividad y la rentabilidad (9).

Pero contra lo que pudiera creerse ninguno de los autores citados consideran permanente ni insalvable la oposición actual entre Derecho y Management de las Administraciones Públicas. Antes al contrario, abogan por un replanteamiento radical de los supuestos básicos del Derecho administrativo tradicional que deje de ver en la discrecionalidad el caballo de Troya del Estado de Derecho, para pasar a considerarla como un elemento fundamental de la teoría administrativa moderna, que también el Derecho debe contribuir a perfilar, como instrumento de mejora de la eficacia y fiabilidad de las políticas (10). O, como señala Steele, el Derecho administrativo ha de sustraerse de la sujeción o servicio dominante la práctica privada de la abogacía, que le acantona en una concepción garantística y procedimental que no contempla otro progreso que la

reforma de la revisión judicial, para centrarse en la mejora de la adopción de decisiones (11). Y en este mismo sentido, Davis, desde su reconocido liderazgo académico, señala que en la nueva etapa del Derecho Administrativo «el foco de la investigación cambiará pasando de la revisión judicial y las salvaguardias procedimentales al preterido ochenta o noventa por ciento de procedimientos administrativos para los que tales salvaguardias y revisión son irrelevantes. El futuro radica en la mejor comprensión del ejercicio informal de la discrecionalidad sin revisión judicial» (12).

Estamos, pues, ante una corriente doctrinal potente que, tanto desde el management como desde el Derecho Administrativo, está propugnando un cambio de paradigmas capaz de establecer un diálogo fecundo que permita desarrollar nuevos marcos conceptuales desde los que aprehender y orientar las inevitables transformaciones en curso del sector público. Sencillamente nos sumamos a esta corriente. Contra las reacciones primarias de tantos administrativistas y managers, lejos de ver entre el Derecho y el Management una relación antinómica, creemos firmemente que el mutuo reconocimiento, comprensión e intercambio entre ambos, son la condición (obviamente no suficiente) de la transformación cualitativa y sostenible de nuestras Administraciones Públicas. Considero que es un grave error la actitud de menosprecio y marginación del Derecho manifiesta en tantos programas y «modernizadores» administrativos que viven una grave confusión intelectual:

(9) LOSCHAK, D., «Le droit adminisirauf, rempart contre l'arbitraire», en *Pouvoirs*, vol. 46, 1988, págs. 43-55. CROZIER, M., *Etat Moderne, Etat Modeste*, Paris, Fayard, 1987. CAILLOSSE, J., «La modernisation de l'Etat», en *L'Actualité Juridique-Droit Administrate*, 20 de noviembre 1991, pág. 759; vid. también del mismo autor, «L'Administration française droit-elle s'évader du droit administratif pour releverle defi de l'efficience», en *Revue Politiques et Management Public*, vol. 7, 1989, págs. 163 y ss. WILLKE, H., «Le cou du principe de la legalité», en MORAN, CA (ed.), *Figures de la legalité*, Paris, Publisud, 1992, págs. 127 y ss.

(10) En este sentido vid. también BRYNER, G.C., *Bureaucratic Discretion. Law and Policy in Federal Regulatory Agencies*, New York, Pergamon Press, 1987.

(11) STEELE, G., «Private Lawyers, public law: administrativo law in the making», en *Canadian Public Administration*, volumen 35, n.º1, 1992, págs. 1 y ss.

(12) DAVIS, K.C., *Administrative Law Test*, 3.ªed., St. Paul, Minn, Key West Publishing. 1972, pág. 2.

habiendo aprendido que «no se cambia la Administración por Decreto» creen que es posible cambiar al margen del Derecho. Y actuando así no sólo provocan graves desajustes entre las prácticas informales y la legalidad formal, con el consiguiente desorden y riesgo de arbitrariedad, sino que provocan también que muchos meritorios esfuerzos de cambio acaben siendo fogacitados por las *instituciones* formales vigentes a las que se renuncia de entrada a replantear (13).

Necesitamos una renovación gerencial de nuestras Administraciones Públicas tanto como una renovación paralela y coherente de su Derecho. Ambos procesos deben avanzar conjuntamente y en diálogo, pues responden a las exigencias constitucionales igualmente inexcusables del Estado Democrático y Social de Derecho y de los principios de eficacia y eficiencia (14). Tal diálogo no

(13) La teoría organizativa actual viene insistiendo en la importancia de la «institucionalización» de los cambios o reformas pretendidos. Este concepto alude a la sostenibilidad de los cambios, a la garantía de su permanencia en el tiempo, a su interiorización por los agentes del sistema como una de las regulaciones efectivas del mismo (GOODMAN, P.S. y otros, *Change in Organisations*, San Francisco, Ca, Jossey-Bass, 1982; GOODMAN, P.S., BARZEMAN, M. Y CONLON, E., «Institutionalisation of Planned Organisational Change», en STAW, B.M. y CUMMINGS, L.L. (eds), *Research in Organisational Behaviour*, vol. 2, Greenwich, Con, Jai Press, 1980, págs 215 y ss; CROZIER, M. y FRIEDBERG, E., *L'acteur et le système*, París, Editions du Seúl, 1977). Aunque el análisis más penetrante en el concepto de institución y su relevancia en los procesos planificados de cambio administrativo nos parece se encuentran en MARCH, J.G. y OLSEN, J.P., *Rediscovering Institutions*, New York, The Free Press, 1989.

(14) El tratamiento jurídico de los principios de eficacia y de eficiencia se encuentra lastrado por su confusión con la teoría tradicional de la eficacia de las normas y actos administrativos. La construcción jurídica de los principios de eficacia y eficiencia, como principios constitucionales substantivos, es todavía una tarea pendiente, que, a nuestro modo de ver, no podrá desarrollarse sin la incorporación al Derecho público de conceptos procedentes de las ciencias de la gestión. Algunos trabajos recientes comienzan apuntar esta dirección: BETTINI, R., *Il circolo vizioso legislativo, efficacia del diritto ed*

se producirá sin tensiones y hasta contradicciones, lo que no es nada nuevo en la historia del Derecho público, que ha tenido que irse sucesivamente acomodando desde el inicial e irrenunciable principio del Estado de Derecho a los nuevos principios constitucionales del Estado Social y Democrático y a los igualmente irrenunciables hoy principios de eficacia y eficiencia (15). La gran tarea actual nos parece ser, precisamente, la de hallar el óptimo histórico de equilibrio entre estos principios en tensión, lo que implica esfuerzo tanto de renovación del Derecho Administrativo como de elaboración del Management específico de las Administraciones Públicas.

Con la finalidad de contribuir a evitar confusiones de partida y a ayudar a enmarcar las tareas antes enunciadas procederemos a apuntar una serie de hipótesis, cuyo desarrollo adecuado tendrá que quedar forzosamente para otra ocasión. Nuestras hipótesis de partida son las siguientes:

A) El paradigma tradicional del Derecho administrativo, resumido por algunos como el «proyecto antidiscrecional», no sólo es coherente sino que se implica necesariamente con el paradigma del management representado por la teoría clásica de la burocracia y la ordenación científica del trabajo. En otras palabras, conforme a los respectivos paradigmas iniciales, Derecho y Management, racionalidad legal y racionalidad gerencial

efficienza degli apparati pubblici in Italia, Milan, Angeli, 1983, y PAREJO, L., «La eficacia como principio jurídico de actuación de la Administración Pública», en *Revista de Administración Pública*, n.º 218-219, 1989, págs 15 y ss.

(15) La tensión inevitable entre los distintos valores y principios constitucionales de la organización y gestión administrativa ha sido expresivamente planteada por DOWNS, G.W. y LARKEY, P.D., *The Search of Government Efficiency*. New York, Random House, 1986.

de las Administraciones Públicas, no sólo no son antinómicos sino que se implican y superponen mutuamente, como consecuencia de la asunción por ambos de unos mismos supuestos, valores, problemas y métodos (15 bis).

Esta hipótesis se corresponde con posiciones doctrinales muy generalizadas. Como señala Arthurs, los supuestos conceptuales y percepciones ideológicas del paradigma del Derecho Administrativo se corresponden plenamente con el sistema de dominación legal-racional de Weber (16). Como hoy subraya con aparente unanimidad la doctrina angloamericana, la afirmación del dualismo entre la sociedad civil y el Estado, la creencia en la posibilidad de programar normativamente toda la acción estatal y, la necesidad por parte de los agentes económicos de asegurar la máxima predictibilidad de las decisiones públicas, situaron el proyecto intelectual del Derecho administrativo en la producción y ejecución correcta de las normas y en la consiguiente reducción del espacio de la discrecionalidad, prácticamente identificada con la arbitrariedad (17).

(15 bis) Debería abandonarse definitivamente el engaño intelectual consistente en oponer burocracia y management, racionalidad burocrática y racionalidad gerencial como una antinomia insalvable. Tal antinomia viene unida en quienes la formulan a la identificación de las burocracias con las «buropatologías» y de la racionalidad gerencial o management con la empresa privada eficiente. Esta manera de proceder es intelectualmente incorrecta, por más difundida que se encuentre. Vid. MINTZBERG, H., *La Estructuración de las Organizaciones*, Barcelona, Ariel Gestión, 1984.

(16) Vid. el reconocido artículo de ARTHURS, H.W., «Rethinking Administrative Law: A Slightly DICEY Business», en *Osgood Hall Law Journal*, vol. 17, n.º 1, 1979, incluido después en la excelente compilación de GALLIGAN, D.J., *Administrative Law*, The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Aldershot, Dartmouth, 1992, pág. 17 y ss. En el mismo sentido, JOWELL, J. «The legal control of administrative discretion», en GALLIGAN, *ob. cit.*, pág. 250.

(17) La dicotomía inicialmente planteada por DICEY entre Derecho y discrecionalidad es llevada a

Este proyecto se corresponde e implica con el derivado de la racionalidad burocrática weberiana y con la ordenación científica del trabajo del primer management. Procede dar aquí por conocidos el concepto y los rasgos del tipo ideal de burocracia de Weber. Baste con señalar que, conforme al propio Weber, la burocracia es un tipo organizativo racionalmente superior a todo otro conocido («un mecanismo burocrático perfectamente desarrollado actúa en relación con las demás organizaciones de la misma forma en que una máquina en relación con los métodos no mecánicos de fabricación»), con el correlato lógico de que el progreso administrativo pasa por la tarea de la implantación universal del tipo burocrático, es decir, de estructurar normativamente el universo de los comportamientos organizacionales (18). Las normas organizativas, según Weber, pueden ser jurídicas o técnicas, pero el conocimiento y aplicación de unas y otras exigen un conocimiento especializado, que es el propio del burócrata o administrador público, que debe ser dotado de un estatuto jurídico especial que marque la nítida separación entre sociedad y estado, política y administración. Entre nosotros, una lectura precipitada de Santi Romano ha llevado a la afirmación absurda de la juridicidad de

su extremo lógico económico-jurídico en la obra monumental de HAYEK, donde hemos encontrado la exposición más coherente, profunda y honesta de las «contradicciones» o incompatibilidad entre el «rule of law» y el «welfare state». La exposición más completa y sistemática de la teoría del Derecho de HAYEK y de su funcionalidad con la sociedad de economía de mercado puede encontrarse en ese monumento al talento humano que es HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1982.

(18) WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1964, pág. 56. Una exposición sistemática y fiel de pensamiento burocrático weberiano, no siempre correctamente reproducido, puede verse en la obra de NIETO, A., *La burocracia. El Pensamiento Burocrático*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, pág. 581 y ss.

toda norma organizativa, llevándose así el corsé legalista de la gestión pública a extremos sin parangón en las Administraciones comparadas.

La línea de pensamiento organizativo conocida como «ordenación u organización científica del trabajo», aunque concernida directamente con el problema de la eficiencia en la organización y no del poder en la sociedad, coincide plenamente con los supuestos del tipo ideal de dominación legal de la concepción weberiana (19). Taylor compartía plenamente la visión maquinal de la organización. Creía que ésta —como cualquier otra parte de la realidad— se encuentra gobernada por regularidades definidas, por leyes que pueden ser descubiertas mediante la observación y la experimentación, las cuales, una vez conocidas permitirían determinar la forma de ejecución objetivamente mejor para cada tarea. Estos supuestos llevaban necesariamente a separar el trabajador del puesto de trabajo, la planificación o normación de la ejecución, centraban la función de las ciencias del management en el descubrimiento de principios organizativos y en la generación de técnicas de gestión de pretendido valor universal, y basaban la función de los directivos o managers en cuidar de la correcta formulación y ejecución de las normas y principios organizativos.

Como se sabe, la sintetización por Woodrow Wilson de la teoría burocrática y la ordenación científica, dará nacimiento a la Ciencia de la Administración norteamericana (20).

(19) Vid. una breve y sintética exposición de los principales autores de esta línea de pensamiento en MOUZELIS, N.P., *Organización y Burocracia*, Barcelona, Ediciones Península, 1989, págs. 85 y ss.

(20) Todos estos extremos se encuentran sólidamente desarrollados por KLIKSBURG, B., *El pensamiento Organizativo*, Buenos Aires, 1992, págs. 123 y ss.

B) Nuestra segunda hipótesis consiste en constatar que tanto el paradigma tradicional del Derecho Administrativo como del management se hallan en crisis, aunque la renovación del paradigma gerencial vaya por delante. En España se ha referenciado amplia o suficientemente el cuestionamiento y replanteamiento doctrinal del Derecho Administrativo en Francia y en Alemania. Igual fenómeno es observable en el ámbito angloamericano. Como señala Galligan, «los administrativistas perciben hoy que las concepciones tradicionales del *rule of law* y los valores y principios en que se basa no sólo son instrumentos inadecuados para encarar los problemas de legalidad y legitimidad del Estado Moderno, sino también que el desarrollo de los nuevos instrumentos requeridos está conectado directa e ineludiblemente a las grandes cuestiones de la teoría política, constitucional y organizativa» (21). La crisis o inadecuación de instrumentos procede, en primer lugar, de la contradicción entre el Derecho Administrativo del «proyecto antidiscrecional y la revisión judicial» y las exigencias de legitimación del Estado Social. Tal contradicción, cuya constatación es también una constante del Derecho Administrativo y la Ciencia de la Administración norteamericana (22), ha podido obviarse mientras el desarrollo económico y el incrementalismo del gasto social no han conocido límites. De este modo, Estado de Derecho y Estado Social han podido coexistir como dos legitimidades paralelas y complementarias, que se ignoraban desde su respectiva irrelevancia. Y en este contexto, todas las llamadas a la renovación del Derecho Administrativo, aunque no faltaron y

(21) GALLIGAN, D.J., *Ob cit*, pág. XII

(22) Vid., por ejemplo, la crónica histórica que hace del tema BERKLEY, G.E., *The Craft of Public Administration*, 6.^a edición, Boston, Alien and Bacon, capítulo 11.

procedían de voces claramente autorizadas, tuvieron escaso eco doctrinal y nula influencia práctica (23). Pero como es bien sabido, la crisis económica de los 70 y la correspondiente crisis fiscal del Estado, alteraron completamente la situación. En los años previos, el desarrollo del Estado Social, respondiendo a un imperativo constitucional, pero carente de embridamiento jurídico, generó indeseables efectos perversos en forma de corporativismo social y burocrático, clientelismo político, arbitrariedad y derroche de recursos. La crisis fiscal del Estado destapó todas las perversiones expuestas e hizo entrar en crisis al propio Estado Social.

La comunidad académica internacional ha asumido los retos planteados por esta crisis, y en búsqueda de las nuevas fórmulas de legitimación o «gobernabilidad» correspondientes a nuestro tiempo, está produciendo progresivas e importantísimas respuestas en el ámbito político y de la teoría organizativa (24). En particular, en este último y en el del management público que le corresponde, se ha abandonado el

tipo ideal burocrático como paradigma universal de racionalidad organizativa, para pasar a una teoría organizativa que se instala en la contingencia y sitúa la racionalidad del diseño organizativo y la gestión de los recursos en función de la naturaleza de las tareas, el tipo de entorno y el nivel tecnológico existentes en cada caso (25). Y de entre las consecuencias que obviamente se desprenden de este fenómeno queremos resaltar a los efectos de este trabajo: el reconocimiento de la racionalidad de la fragmentación organizativa de las Administraciones Públicas (difícilmente compatible con la concepción estatutaria de la Administración Pública) y la necesidad de producir nuevos instrumentos y fórmulas de integración; la necesidad de una teoría de la decisión administrativa asimismo plural, que reconozca grados diversos de discrecionalidad necesaria y contemple en dicha discrecionalidad la oportunidad de desarrollar nuevas formas de racionalidad mediante la incorporación a una renovada teoría del control de los hallazgos de la teoría de la organización y las políticas públicas, y, finalmente, la urgencia de desarrollar nuevos marcos conceptuales y técnicas instrumentales con que responder al reto de las nuevas relaciones interorganizativas, públicas y privadas, que son condición de la gobernabilidad de nuestro tiempo.

Afortunadamente, todos estos esfuerzos se están viendo correspondidos por una renovada teoría del Derecho Público, exigida ya desde las otras Ciencias de la Administración, desde la conciencia creciente de la insuficiencia de las

(23) La suerte sufrida por el trabajo de NIETO, A., «La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo», *Revista de Administración Pública*, vol. 76, 1975, págs. 9 y ss., tan intelectualmente motivador como carente de impacto, es paralela a la de trabajos previos en otros países más avanzados (vid., por ejemplo, el trabajo pionero de JONES, H.W., «The Rule of Law and the Welfare State», en *Columbia Law Review*, n.º 58, 1958, 143 y ss. Pocas veces se pone tan de manifiesto como en ésta la verdad de la observación de KUHN, según la cual para que se produzca un cambio de paradigma no basta con que se evidencien las contradicciones e insuficiencias del aún dominante sino que es necesario que la comunidad científica disponga de un paradigma alternativo (que acabe resultando socialmente exigido y, más relevante), dado que en la ciencia como en la vida sigue prevaleciendo la sentencia de BACON: la verdad brota más fácilmente del error que de la confusión.

(24) En el ámbito de la teoría política y del management público pueden verse, por ejemplo, la serie de trabajos incluidos en KOOIMAN, J., (ed.) *Modern Governance New Government-Society Interactions*, Londres, Sage, 1993.

(25) Una excelente reseña de este interesantísimo proceso en el ámbito de la teoría organizativa y de su relación con la crisis del Estado del bienestar puede verse en ECHEBARRIA, K., *Ob. cit.* capítulos II y III.

aproximaciones no jurídicas del fenómeno administrativo, dada la necesidad de «institucionalizar», es decir, enmarcar y traducir legalmente, las nuevas soluciones e instrumentos para la gobernabilidad o legitimidad del orden social y político actual. La demanda por un Derecho público renovado puede observarse en la creciente importancia de los estudios jurídicos en los planes de estudios de management público. Y la respuesta del Derecho Administrativo, aunque necesariamente retardada, está siendo cada vez más importante y prometedora.

C) Nuestra tercera y última hipótesis consistirá en constatar cómo la renovación del management público, por un lado, y la del Derecho Administrativo, por otro, está sentando las bases claras y precisas (valores, supuestos, problemas y métodos) para una interacción fecunda, tanto a nivel académico como de la práctica profesional de la dirección pública. Esto deriva de la coherencia básica observable en las líneas de renovación tanto del Derecho como del Management Público. A título meramente enunciativo destacaremos las líneas siguientes:

En primer lugar, como consecuencia del abandono de la universalidad de la racionalidad organizativa burocrática, la nueva racionalidad managerial plantea la necesaria diversificación organizativa y de régimen jurídico de las Administraciones Públicas. La vieja concepción de la Administración como persona jurídica única dotada de *un* Estatuto jurídico se hace altamente inadecuada, dado que la diversidad de tareas, entornos y tecnologías a desarrollar en cada caso plantea la racionalidad de una diversidad organizativa, de privilegios administrativos, de régimen de recursos humanos y financieros y de formas de actuación y relación con los ciudadanos

u otras organizaciones públicas y privadas. En definitiva, el Derecho Administrativo debe hacerse necesariamente más complejo y plural, tal como ya ha sucedido con el management desde su instalación en la teoría de la contingencia, y asumir el riesgo de fragmentación derivado de la nueva racionalidad, y el reto de encontrar las nuevas formas y mecanismos de integración cuyo afinamiento y desarrollo es una de las grandes tareas comunes al Derecho y al Management Público renovados.

En segundo lugar, el Management público ha abandonado el concepto y la técnica de la planificación normativa y la rígida separación entre planificación y ejecución que de ella se derivaba, anticipando así el camino que actualmente comienza a recorrer el Derecho Administrativo al revisar la teoría tradicional de la programación de la Administración por la Ley y abandonar el correspondiente concepto de Administración como ejecución normativa para sustituirlo por la idea básica de disposición de recursos (humanos, financieros, tecnológicos) para fines, en marcos normativos determinados y en entornos diversos, pero cada vez más cambiantes y complejos. La Ley ya no sólo es norma abstracta y general que contiene en sí la «ratio» de toda futura decisión administrativa sino que es también apoderamiento a cada particular Administración de un ámbito de decisión propio y autónomo, aunque racionalmente diferente en cada caso, por la propia contingencia antes aludida de la nueva racionalidad organizativa.

En tercer lugar, el abandono por el management de la ilusión infundada de que todo comportamiento organizativo sólo es racional en la medida en que se encuentra previamente previsto y

normado, con la consiguiente revalorización de la autonomía y responsabilidad de los managers y el personal en general, se corresponde con el actual movimiento de revalorización de la discrecionalidad y la responsabilidad subjetiva en el Derecho Administrativo. Afortunadamente se encuentra ya asumida la distinción obvia entre discrecionalidad y arbitrariedad, aunque tal distinción poco aporte a la construcción de una nueva y más necesaria teoría jurídica de la discrecionalidad. También va gozando de general aceptación la idea del pluralismo o diversidad de la discrecionalidad necesaria, dada la diversa base racional para la determinación del «óptimo» de discrecionalidad de cada situación. Con más dificultades va imponiéndose también la idea de que la necesidad de la participación de los interesados (incluidos los portadores o exponentes de intereses difusos). Pero todas estas aportaciones no hacen sino circunscribir el problema jurídico clave de qué hacer con el núcleo cada vez mayor de decisiones discrecionales. En este sentido, la aceptación y la reinserción de la discrecionalidad en el Derecho pasa por diversos caminos hasta ahora propuestos, ninguno de los cuales consiste desde luego en situar la discrecionalidad en el ámbito de lo político, eliminando plenamente la revisión jurisdiccional y no admitiendo otro control que el parlamentario y el político. Antes al contrario, la gran tarea jurídica está en definir el aporte del Derecho al buen aprovechamiento de la oportunidad de racionalidad que la discrecionalidad supone. Y en este sentido las vías a explorar son muy diversas: desde la institucionalización del control de gestión y la evaluación de programas, al fortalecimiento de los Tribunales de Cuentas o la creación de instancias objetivadas supervisoras de la gestión y

con facultades para exigir responsabilidad personal, sin olvidar la necesidad de un replanteamiento de las relaciones entre discrecionalidad y poder judicial al que después nos referiremos.

En cuarto lugar, al abandono por el management de la idea de planificación normativa y a su sustitución por los conceptos y técnicas de análisis y gestión estratégica, corresponde una nueva percepción del rol del Derecho Administrativo, ya no sólo como marco o cauce sino también como instrumento de acción para fines o transformaciones específicas. El Derecho se configura así, en gran parte, como un instrumento o recurso más entre la panoplia de recursos o formas de acción de entre las que deberá optarse de modo diverso y racionalmente fundado en cada caso. Se habla así de uso selectivo y estratégico del Derecho, lo que plantea prometedores desarrollos de la teoría de la producción de las normas jurídicas, capaces de situarla más allá del plano formal o procedimental en que actualmente se encuentra. En particular la conexión de la teoría jurídica con la teoría económica de las regulaciones y el análisis decisional de la teoría de la organización parecen caminos prometedores que ya han comenzado a ser recorridos.

En quinto lugar, a la aceptación por el Management de la teoría económica de los bienes públicos se corresponde la aceptación por el Derecho Administrativo de que la Ley no puede fijar de manera precisa los fines, intereses y objetivos públicos así como de que éstos, aunque siguen siendo responsabilidad indeclinable de los poderes públicos, dependen cada vez más de la relación de dichos poderes entre sí y de la colaboración ciudadana. Al desarrollo desde el management público de las teorías y técnicas de construcción

y gestión de redes interorganizativas, o a la construcción de un marketing público desde la configuración de los usuarios como cliente, o hasta desde la proclamación de un nuevo principio de «receptividad», se corresponde el creciente interés del Derecho Administrativo por las relaciones interadministrativas, las diferentes formas convencionales o participadas de gestión desbordantes del acto administrativo tradicional o el desarrollo de la posición

jurídica del ciudadano frente a los servicios públicos prestacionales.

La relación podría continuar con la exposición de muchas otras líneas más. Interés especial presentaría la consideración de las aportaciones que un Management público renovado podría hacer a la renovación necesaria de la revisión judicial de la Administración. Pero queda este tema para otra ocasión que quizás se produzca en breve.