

COMISIÓN 1

TÍTULO: “Ejecutivos, legislativos y producción de la ley en la globalización. el caso argentino”

Solange Denlannoy¹

Existe una nueva relación entre los poderes del Estado, especialmente los Ejecutivos y los Legislativos en vista a las nuevas prácticas político-jurídicas existentes dentro de un Estado Constitucional democrático de Derecho, y sus consecuencias en las fuentes de producción de la ley. Los Parlamentos ya no son depositarios del “interés general”, rol que le ha sido adjudicado a la Administración, la que en consecuencia se ve necesitada de una diferente legitimidad. Como producto de una sociedad pluralista y globalizada el “interés general” se ha visto descompuesto en intereses privados, o en intereses públicos fragmentados, afectando no sólo la producción sino la misma naturaleza de la ley. Si bien el Derecho se manifiesta como un mandato del Estado y se pone en funcionamiento por las fuentes gubernamentales, no debemos perder de vista que el mismo es una compleja operación social, que está impregnada de politicidad, y que adquiere distintas formas y caminos que tienen que ver fundamentalmente con la distribución de “diversos” poderes en la sociedad. En su significación política las constituciones democráticas modernas incorporan principios e instituciones que obedecen a intereses sociales diversos y contradictorios, esto es posible sólo gracias al consenso constitucional. “Este consenso es la garantía práctica del valor normativo de la Constitución”². La Constitución es un canal abierto, es un diálogo, es un cauce de debate, desde el pluralismo y la diversidad, es una de las promesas de la Modernidad. Pero la Modernidad, así como la democracia, incumplió varias de sus promesas, o se encontró con cursos de acción no previstos. Una de las promesas era la plena libertad individual. Para VALLESPIN, el desinterés por la política cotidiana es explicado por un cambio profundo, concretado en una “crisis del Estado” en su capacidad de dirección y de integración normativa y simbólica...se percibe en la creencia generalizada ...de que el mundo no lo mueven las decisiones de los ciudadanos, sino unas lógicas o imperativos más profundos. Hay que contabilizar también otros factores, como la nueva diversificación del público, ... con sus nuevos procesos de individualización y el predominio de estilos de vida ajenos a lo político....La consecuencia más inmediata es o

¹ Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario, Adjunta Dedicación exclusiva de Derecho Político y Seminario, Categoría III del programa de incentivos

² REBOLLO, LUIS M. “Los significados de la Constitución” en Constitución española. Aranzadi Editorial. Pamplona, 1996.

bien el activismo en movimientos sociales plurales y heterogéneos, o la “fatiga civil”...la apatía política y el “retorno a lo privado”...En definitiva, un paisaje marcado por el pluralismo, la diversidad y la fragmentación, que proyecta una sombra difusa sobre todo el escenario de la política”. Señala además que seguimos manteniendo las mismas categorías y conceptos políticos que funcionaban desde el período de la posguerra mundial.³ Cada vez más las relaciones jurídicas del derecho privado se instalan cómo las únicas posibles. Sin embargo, éstas suponían un marco de buena fe, que ya no funciona.⁴ Para GUÉHENNO hoy los contratos detallan todos los derechos y obligaciones que surgirían de ellos, ya que no pueden ser completados por la buena fe, ni la confianza⁵. También CROUCH y VALLESPIN hacen referencia a las crecientes dudas sobre la legitimidad de los políticos, al constatar una menguante participación electoral, es que en esta relación no es posible redactar y firmar ningún contrato exhaustivo que supla la buena fe.⁶ “Hay un parentesco interno, dentro de la modernidad industrial clásica, entre las ideas directrices y las categorías clave: Estado nacional, clases, verdad científica, creencia en la técnica, y el esquema amigo-enemigo”⁷ Sin embargo, para GÉHENNO, “el ciudadano de la era imperial relacional se define cada vez menos por su participación en la soberanía y cada vez más por la posibilidad que tiene de desplegar una actividad en un marco en el que los procedimientos obedecen a reglas claras y previsibles”. Hay un deslizamiento del derecho que arruina la autonomía de la política que así pierde sus cimientos morales y filosóficos.⁸ Se constituyen en la Modernidad, las reservas de sentido social mantenidas como depósitos históricos de sentido y objetivamente administradas por las instituciones, familia, escuela, religión, que hoy sufren de una crisis de sentido, siendo el único valor supraordinal el pluralismo.⁹ El individuo ha triunfado, pero ha quedado frente a una libertad que lo aterroriza y lo fascina. Para BAUMAN, la palabra globalización que pretende explicar a más y más procesos, se vuelve opaca, a medida que excluye y reemplaza verdades ortodoxas, se va transformando en cánones que no admiten disputa.”¹⁰ Los conceptos de espacio y tiempo son para GIDDENS, según ROBERTSON los aspectos fundamentales de la

³ VALLESPIN, FERNANDO “El futuro de la política” Taurus, Madrid, 2000, p. 10

⁴ BECK, ULRICH “La invención de lo político” FCE Buenos Aires, 1999

⁵ GÉHENNO, JEAN MARIE “El fin de la democracia” Paidós, Barcelona, Buenos Aires, 1995, p. 40

⁶ CROUCH, COLIN, “Posdemocracia” Taurus, Madrid, 2004 p. 8

⁷ BECK Ob. Cit. p. 225

⁸ GÉHENNO, ob. Cit. P. 71

⁹ BERGER, PETER L. LUCKMANN, THOMAS “Modernidad, pluralismo y crisis de sentido” Paidós, Barcelona, 1997, Cap.

1

¹⁰ BAUMAN, ZYMUNT “La globalización” FCE Buenos Aires, 2005, p. 7

globalización, de manera genérica debe entenderse a la globalización como un fenómeno dialéctico, en el que sucesos situados en el extremo de una relación distanciada, producen a menudo acontecimientos divergentes y hasta contrarios en otro extremo. La idea de que la globalización implica la “inserción de presencia y ausencia” es aguda y útil.¹¹ Sin duda, esta nueva realidad nos impone un reajuste categorial, que como dice VALLESPÍN, debe comenzar por la política y el Estado en el ámbito más amplio de la sociedad¹². La debilidad del papel de la Ley, en su sentido clásico, ha derivado hacia una relevancia en la intervención de los Poderes Ejecutivo (mediante la Administración en especial el reglamento) y el Judicial (mediante el control jurisdiccional); en detrimento del protagonismo de las Asambleas. Ejemplo de ello es la protección de los Derechos Humanos, ya que las instituciones llamadas a vigilar su efectivo cumplimiento, ya no están sólo en la esfera de lo nacional, sino en el ámbito de organizaciones regionales e internacionales. La tradición del Estado Constitucional en Argentina es endeble, ya que, a pesar de haber optado por este modelo inspirándose en el sistema norteamericano, el Código Civil fungió desde su promulgación como la verdadera Constitución, por lo menos hasta la Reforma de 1994. El derecho de la Administración pública se convierte en un sistema cerrado y autosuficiente, dotado de propias y específicas instituciones y principios generales, elaborados por la ciencia jurídica, convirtiéndose en un derecho basado en sí mismo que desconfió de una legitimación de orden constitucional. La administración representa en el nivel más alto la *potestad originaria y soberana* del Estado, que no tolera la intromisión de normas que provengan fuera de él. La Administración se convierte en titular de ciertas prerrogativas, la más significativa, es la de ser juzgada por tribunales administrativos, es así que el ideal expresado en el Estado de Derecho, legalidad de la Administración e imperio de la ley como garantía de los derechos de los particulares, no se cumple, más bien la Administración acrecienta su competencia en forma constante, es el peligro de “la jaula de la libertad” que WEBER advierte con precisión. La Constitución no es ya última garantía de estabilidad, sino que se convierte en sí misma en fuente e instrumento de *inestabilidad*. Ante nuevas situaciones constitucionales materiales, surgen grupos que reclaman e impulsan legislación que acoja sus demandas de intereses particulares. La Constitución es concebida como la expresión de un pacto que sólo expresa las reglas

¹¹ ROBERTSON, ROLAND “Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad” Madrid, Colegio Nacional de doctores y Ldos. En Ciencias políticas y Sociología. P. 216

¹² VALLESPIN, Ob.cit. p. 14

del juego, cómo se organiza el Estado y cómo se resuelven los conflictos, conflictos entre principios constitucionales del mismo rango, expresan el pluralismo social. Las leyes devienen en un carácter contradictorio como consecuencia de aquél, y, además existe un pluralismo de órdenes secundarios que no siempre aceptan una posición de segundo plano.. Los principios de *generalidad* y *abstracción* de la legislación están en crisis.¹³ Hoy la Constitución no ha venido simplemente a ocupar el lugar de la ley, sino a *diseñar un modelo de producción normativo* notablemente más complejo donde todos los jueces encuentran, no un orden jurídico unívoco, sino *orientaciones de sentido conflictivo* que exigen *ponderación*, ante el caso concreto.¹⁴ Los Legislativos hoy lejos están de ser el espejo de la sociedad, siendo el reducto de una clase política. Se le suman deficiencias físicas y técnicas, las carencias en infraestructura física debilitan y limitan el trabajo de las asambleas. Las limitaciones técnicas se traducen en el escaso número y baja calidad profesional del personal que asiste a los representantes en su labor de producción y control. La urgencia de la aplicación de las políticas de ajuste estructural explica que la Argentina como muchos países dotaran a sus Ejecutivos de potestades normativas. La debilidad y el mal funcionamiento de los Legislativos han dado argumentos a los Ejecutivos para gobernar esquivando a dichas instituciones y debilitándolas aún más. La marginalidad o práctica invisibilidad de los Legislativos puede ser vista como una afectación de la calidad de “representación” de los ciudadanos que se ve seriamente perjudicada, debido a que la representación queda trunca por la desvalorización de la actividad del Legislativo, así como por los escasos sino nulos canales de participación desde la sociedad civil hacia el Estado. Los Ejecutivos hoy gozan de un poder casi discrecional y arbitrario con lo cual la democracia funciona en un ambiente de alta incertidumbre. Esta es una evidencia en las democracias occidentales, sean ellas viejas o nuevas, sin embargo, volver atrás a los fundamentos de la teoría clásica de poderes, volver a MONTESQUIEU, no parece ni posible, ni útil, tal vez deberíamos mirar este nuevo comportamiento político y transformar las competencias, el Legislativo podría funcionar como un poder de veto de las decisiones del Ejecutivo. Los límites que separaban a los poderes tradicionalmente se han desdibujado como

¹³ La legitimidad de las decisiones de los poderes políticos estatales están condicionados a la Constitución, no sólo por los vínculos jurídicos formales, en cuanto a la producción normativa, sino también están condicionados por vínculos materiales, que disciplinan el contenido que ha de producirse, porque la producción subconstitucional sólo puede legitimarse mostrando coherencia axiológica con la Ley Fundamental. FERRAJOLI LUIGI; “Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta Madrid 1999. pp. 20/22

¹⁴ KRIELE MARTIN; “Introducción a la Teoría del Estado- Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático”. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980, pp. 158,159.

resultado, valga la paradoja, de la recepción de herramientas destinadas a tornar más eficaz el control y funcionamiento de la Administración pública. El Estado Constitucional sometido a una inercia evolutiva se vio obligado a asumir nuevas formas de organización, exigiendo una mayor idoneidad a la Administración Pública, ya que por sus características, ésta es la más adecuada para la decisión y acción en contextos sociales complejos y cambiantes. No se trata ya de una rígida separación entre los poderes, sino más bien de una distribución o división de poderes y funciones, necesitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas. PAREJO coincidiendo con FABER, dice que el marco de la acción administrativa no está ya constituido por la ordenación ni la coacción, ni por las prestaciones ni la suma de éstas, sino más bien por el perfil del conjunto de dichas prestaciones como sistema integrado y la utilidad social del mismo; y ello como resultado de una evolución que desde la coacción (la administración autoritaria) conduce, a través del consenso (la administración prestacional) hacia la planificación y la previsión, la organización, la coordinación y la ponderación, la priorización y armonización de necesidades, intereses y objetivos (la administración infraestructural).¹⁵ Las diversas teorías que pretenden justificar la determinación de la voluntad estatal a través del ordenamiento jurídico como expresión del *interés general*, deben lidiar con una tensión inevitable, por lo menos hasta ahora, en la vida social y política; nos referimos a la tensión entre libertad e igualdad. A esta tensión se le suma una relativamente nueva, que es la de la transformación del Estado. La creciente complejidad y velocidad de las demandas sociales que permite el Estado social democrático de Derecho, conducen en razón de la rigidez heredada de una tradición ligada al modelo anterior, a un grado variable de ingobernabilidad. Esto particularmente se hace patente en la Administración Pública que conserva como tendencia inercial sus regulaciones, reglamentos, competencias, y una cultura ligada al funcionario al servicio del Estado y no al servicio del ciudadano. La vigencia y efectividad de la legalidad tiene elementos sociológicos y antropológicos. Si se admite que el Estado está desmantelado, los sujetos se inclinarán por echar mano de normas y circuitos informales para obtener la satisfacción de sus reclamos. La legalidad está entonces, trunca, incompleta, y la democracia se desenvuelve en un espacio lábil y de baja intensidad, la ciudadanía está reconocida legalmente pero no es efectiva. Es evidente que la función legislativa proyectada como principal función de

¹⁵ PAREJO; ALFONSO LUCIANO; "Crisis y renovación en el Derecho Público" en Cuadernos y Debate. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991. pp. 23/24

los Legislativos, en la realidad se fue trasladando desde sus inicios al Ejecutivo, y este proceso puede explicarse aplicando las categorías de pluralismo, y complejidad. Ante diferentes intereses privados encontramos que le es muy difícil al Legislativo construir un interés público general. En este sentido, La ley deja de tener su carácter de general y abstracta y se legisla cada vez más para grupos diferentes. El Ejecutivo entonces se apodera de la función legislativa, lo que nos lleva al problema de la Administración pública y su necesaria legitimación democrática. Hoy el Derecho Administrativo, como Derecho de la Administración pública, tiene una doble función. Para, entre otros, SCHMIDT-ASSMANN, es a la vez objeto de dirección y sujeto de dirección. Es objeto de dirección en tanto que la producción normativa le otorga la habilitación para imponer las obligaciones necesarias para que pueda atender sus funciones; y al mismo tiempo es sujeto de dirección, que rebasa los impulsos directivos y “lleva a cabo actividades propias para la dirección de los distintos sectores sociales en el marco de la legalidad”¹⁶ Un marco de interacción y convergencia confluye en los procesos de recepción, transformación y transmisión de la información. En Argentina no se han institucionalizado mecanismos formales de mediación fruto de reglas sancionadas y sostenidas por un patrón exógeno al juego político. Ha predominado en cambio un patrón de acción política informal, implícito. Estos mecanismos dan cuenta de la pluralidad de actores en cada sociedad. En consecuencia la clase política debe buscar espacios que amplíen la participación de los diversos sectores presentes en la sociedad. Mejorar la comunicación y ampliar los espacios de participación, no sólo es un objetivo democrático deseable en sí mismo, sino que se lo invoca utilizando el argumento de la eficacia. Las decisiones más eficaces serán las que se tomen con el concurso del mayor número de actores, en tanto legitiman esas acciones. Implica la comunicación permanente con la ciudadanía, los grupos sociales, los grupos de interés. El cambio institucional requiere de la construcción de apoyo político y social, para que las reformas se legitimen y tengan un alcance de largo plazo, evitando con ello las constantes innovaciones a que pueden llevar los ciclos electorales. “No caben dudas de que la administración ha desplazado a la legislación del centro de gravedad del poder del Estado, hasta el punto en que se habla de una “edad administrativa”¹⁷ En cuanto

¹⁶ SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD “La teoría general del Derecho Administrativo como Sistema” Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons, Madrid, Barcelona 2003. p. 28

¹⁷ CORTINAS PELÁEZ, LEÓN “Estado Democrático y administración prestacional”, en Revista de Administración Pública, Madrid, enero-abril de 1972, N° 67, p. 99 citado por GROISMAN, ENRIQUE I. “Función administrativa y legitimación democrática” CISEA, Buenos Aires, 1981 p. 32.

concepto abstracto y formal, y por lo tanto indeterminado, el interés general es una verdadera cláusula general, ya que a su contenido se debe asignar un sentido conforme al orden constitucional, es decir, los bienes jurídicos imputables a la colectividad cuya tutela corresponde a los poderes públicos o a las organizaciones estatales o las organizaciones designadas por éstas. De esta manera la integración social viene a ser posibilitada y tutelada en su expresión de interés general por el orden constitucional. En esta significación estricta se identifica el interés general con el público y se contrapone genéricamente al privado. Para que el interés general-público pueda ser efectivizado el Estado debe ejercer sus potestades, a través de la Administración pública o cualquier otra entidad de Derecho Público como sujetos necesarios en la determinación del interés general. Pero, el interés general ha dejado de ser una categoría clara y tajantemente contrapuesta a, algo distinto, casi por naturaleza, al interés privado.¹⁸ La interpenetración entre Estado y sociedad ha resultado en una mayor incapacidad de imponer su propia voluntad y acción (del Estado) teniendo en cuenta el interés público general, ha relativizado su autonomía debiendo vincularse para la consecución aquel interés con los intereses privados. Para GUÉHENNO, el punto de inflexión es la desaparición de la identidad de los autores de las decisiones, antes “una gran ley fijaba los principios, encargándose los despachos de la Administración de asegurar que fuesen aplicados”, formas degradadas de la democracia parlamentaria conceptualizando a ésta como el “régimen en el que el gobierno dirige el Estado bajo el control de los poderes legislativo y judicial”.¹⁹ Hoy hay sólo pequeñas decisiones cuya suma aparentemente constituye la “la gran decisión”. A esto hay que agregarle la necesaria relación entre el interés público y el interés privado, en una vinculación eficaz para el desempeño de la Administración. No podremos explicar este nuevo estado de la vida con las categorías heredadas de depósitos históricos de sentido que resolvían las decisiones individuales, hoy la flexibilidad en tanto “autoconfrontación con las consecuencias de la sociedad de riesgo que en el sistema de la sociedad industrial, y por medio de las normas allí institucionalizadas, no pueden ser elaboradas y transformadas”²⁰, por lo tanto en la era de la elección hay que optar para BECK por el arte de la duda, que haga posible el resurgimiento de la política. SCHMIDT-ASSMANN considera que la ley en la perspectiva del Estado de Derecho, es “desde el punto de vista material, programa, y desde el

¹⁸ PAREJO ALFONSO, LUCIANO “Eficacia y Administración” Instituto Nacional de Administración Pública Boletín Oficial del Estado Madrid, 1995 pp. 30,31

¹⁹ GUÉHENNO, ob. Cit. P. 115, 116

²⁰ BECK Ob. Cit. Pp. 33, 34

formal, orden procedimental”.²¹ En ella se aúnan la dirección parlamentaria, la competencia de ejecución administrativa y el control judicial. Intereses privados que colisionan entre sí son determinados en orden de prelación por la ley a la vez que se ordenan los medios para la consecución de intereses públicos. Su importancia es paralela para tutelar derechos fundamentales y mantener el orden funcional de separación de poderes. El papel central de la ley en el orden jurídico administrativo reconoce una razón histórica cual es el sometimiento de la Administración a la ley, ésta como programa normativo que debía ejecutar aquella a través de una sucesión de actos singulares. Un simple acompañamiento entre los sectores público y privado puede constituir gobernanza pero será democrático sólo en la medida en que “los intereses sociales tengan oportunidad efectiva para organizarse, informarse y participar en la interacción decisional”. El riesgo de deslegitimación se eleva si se permite la exclusión o el ninguneo de grupos de interés significativos; también se eleva el riesgo de la ineffectividad de la decisión ya que “los intereses difusos que no pueden superar los costes de organización y participación ex ante pueden hacerlo perfectamente ex post actuando como “veto players” en el momento de la ejecución de la decisión”²², obstaculizándola. El fundamento político del derecho (plasmado en la Constitución como pacto amplio representante del pluralismo social) deriva del fundamento axiológico de la democracia del reconocimiento del valor igual de toda vida humana, del que se deriva la igual participación en el proceso político. La propia programación de la administración sobre la base de la *ley* se ha transformado al sufrir la *ley* misma una transformación significativa, la que no sólo consiste en la pérdida de las notas clásicas de generalidad y abstracción, sino también por el cambio en el contenido mismo del mandato legal. La *ley* deja de responder al esquema “*mandato general-deber de obediencia*” de los ciudadanos, para establecer simples apoderamientos, encomiendas, determinaciones de fines y objetivos, así como la búsqueda de soluciones en el caso concreto, afectando su capacidad de organizar eficazmente materias cada vez más complejas y sujetas a la evolución científico-técnica y a su relación con el tiempo. Es así que aparecen leyes para el caso concreto, leyes provisionales porque contienen soluciones interinas, por lo tanto temporales, leyes con plazo de vigencia limitado, leyes que incluyen la previsión de la procedencia de su revisión en determinado plazo, leyes de prolongación de plazos de leyes temporales, y en fin cada vez la más importante

²¹ SCHMIDT-ASSMANN, Ob. cit, p. 92

²² *Ibidem*

legislación transitoria o intertemporal.²³ Resulta cada vez más difícil una determinación normativa suficiente y precisa del interés público, más aún, éste ha dejado de ser una categoría unívoca en el sector público. El pluralismo de la comunidad política y la consecuente descentralización de la organización y del ejercicio del poder público, generan como consecuencia la diversificación del interés público. Se crean "...por tanto, una pluralidad de intereses públicos (en el sentido subjetivo, visiones o perspectivas del interés general objetivo) no necesariamente idénticos entre sí, ni coincidentes (de forma plena) con el interés general (en sentido objetivo); intereses públicos, cuya particularidad denota la necesidad de su concurrencia en la operación de determinación final de dichos intereses generales"²⁴. Presunciones, cláusulas abiertas, descripciones amplias, enumeraciones ejemplificativas, o remisión a reglas o estándares de la técnica o la ciencia, todos estos son recursos del legislador para evitar la obsolescencia, pero estos recursos abren dos problemas, el primero es la transformación del concepto de seguridad jurídica y el segundo es el de determinar si el legislador ha retenido la decisión o por lo contrario se la ha entregado a la Administración, consecuencia de esto es en la práctica el control judicial de la acción administrativa. La simple indeterminación de la regla no es suficiente para el apoderamiento por parte de la Administración de la decisión para solucionar el caso concreto. Esta crisis lleva a la *no programación*, por ende al *abuso de conceptos jurídicos indeterminados*, y la entrega de la decisión a la Administración, pero recurriendo a criterios materiales de ponderación y decisión, principios y valores marco, fines y objetivos de la acción, estándares mínimos y máximos, imágenes guía del óptimo social, en definitiva, modelos de referencia para la conducta y la decisión capaces de orientar a éstas con suficiente efectividad. Se produce un doble proceso de erosión de la *seguridad jurídica* y de *deslegitimación de la autoridad pública* como consecuencia de esta crisis. La Ley no es hoy lo que aún la Dogmática establecida nos sigue diciendo que es. *"El concepto clásico de la Ley, estaba al servicio de la protección de la libertad y la propiedad, y suponía una vocación de generalidad y permanencia, que hoy tiene un contenido más abierto, ya no es sólo constitutio sino también actio, es un medio de constitución política de la sociedad"*²⁵. Según el tipo de relación jurídica trabado se han creado relaciones de asesoramiento, ilustración, información, advertencia o recomendación del lado del ciudadano, han

²³ PAREJO ALFONSO, LUCIANO "El Estado como poder y el Derecho regulador de su actuación, hoy; algunas de las transformaciones en curso" Revista CLAD Reforma y Democracia N° 15, Octubre de 1999, Caracas. Pp.18,19.

²⁴ PAREJO ALFONSO, "Eficacia p 26

²⁵ PAREJO ALFONSO, "Crisis y p. 44

crecido en importancia derechos no sustantivos sino de carácter procedimental (intervención, participación, reclamación, queja, iniciativa y sugerencias), y se han producido sustanciales cambios en la ejecución de las normas y en las formas mismas de la acción administrativa, así como deberes de diferentes características. Hoy la tarea administrativa se pasa a concebir como organización, dirección y conducción de procesos y situaciones sociales complejas en detrimento del arquetipo de actuación caso a caso mediante acto unilateral; que se expresaba en el procedimiento-expediente-formalizado tradicional, y se transforma, no en la producción de un acto definidor del Derecho en un supuesto concreto, sino en la obtención de una solución representativa del óptimo social en dicho supuesto (que exige ordinariamente el concurso y aceptación y el compromiso de la voluntad, de los interesados o afectados). Se conservan desde ya, la orden, la prohibición y la sanción, pero es cada vez más frecuente la necesidad de la Administración de recurrir, como complemento o sustitución de las anteriores, a formas de actuación conceptuales como “blandas”, cuya incidencia sobre el ciudadano y su comportamiento es indirecta (informaciones, recomendaciones, publicidad, incentivación e, incluso concierto y acuerdo). El plano normativo como dirección de la vida social ha sufrido un fuerte proceso agudo de ineficacia. Desde una perspectiva tradicional se lo nombra como “el déficit de ejecución de las Leyes”. Desde una nueva perspectiva, como lo hace la doctrina alemana podríamos calificarla como “ejecución selectiva”, o “utilización o uso estratégicos del Derecho”. De hecho nunca se deben desconsiderar los riesgos de la *captura de los intereses públicos* por grupos de interés ya sean políticos, burocráticos, corporativos, empresariales o mediáticos. La ética nunca sobra, pero la mala política como la mala administración no se resuelven con ética, sino con buen diseño institucional que incentive el comportamiento político, administrativo, empresarial y cívico correctos y responsables”²⁶ El dato decisivo viene constituido, en todo caso, por los nuevos desafíos que, como consecuencia de los procesos de globalización y transición a la sociedad del conocimiento enfrenta hoy la sociedad, los cuales se traducen en necesidades, valores y demandas sociales nuevas que requieren de un impulso decisivo e integral a los movimientos espontáneos de reforma administrativa, “se hace necesario impulsar la reforma global de las Administraciones Públicas”²⁷ Los nuevos desafíos que provienen “de los procesos en curso de globalización y transición a la sociedad del conocimiento están generando una

²⁶ PRATS, ob.cit.

²⁷ Ibidem

complejidad, diversidad y dinamismo sin precedentes. Están generando asimismo una interdependencia desigual que hace emerger la llamada “sociedad del riesgo”.²⁸ Las tareas tradicionales de la Administración son alteradas por la exigencia de tareas y condiciones nuevas. Por ejemplo, la búsqueda de bienes públicos indivisibles (servicios “uti universitatis”) objeto de la tradicional función de policía se plantea de modo completamente diferente, esta búsqueda no puede hacerse sino de modo parcial y subordinado mediante las intervenciones tradicionales de reglamentación, inspección y sanción, los mecanismos hoy son: creación de observatorios, sistemas de información y conocimiento, sistemas de alerta temprana, entre otros. De igual manera sucede con las funciones como las de “producción de normas, preparación de políticas y programas o de aseguramiento de bienes públicos divisibles o de mérito mediante la prestación de servicios públicos (uti singuli)”²⁹. Unas organización y producción uniformes ya no funcionan en la prestación de los servicios de naturaleza personal (educación, salud, asistencia social, culturales...) con motivo de la diversidad de usuarios a los que se dirigen. El modelo burocrático de organización y prestación de servicios no puede conservar “racionalidad” en “sociedades plurales, desiguales en niveles de cultura y renta, cuando no multiétnicas y pluriculturales”³⁰ Se hace entonces imperativa la transformación en la relación entre Administración y ciudadano. Esta debe ser transformada de una relación de imperium (relación entre partes que no son equiparables, y que descansa en la orden y su respuesta la obediencia del administrado) en una relación jurídica, (la que proviene del Derecho privado y supone relaciones consensuales). Pero esto no quiere decir que el Estado renuncia a la dirección de la sociedad y a la expresión del interés general, entonces el Derecho Público se ofrece como un atributo al Estado de Derecho (facultad de officium) de disponer sobre el hacer o no hacer de los ciudadanos a los efectos de la configuración social. Es la dirección social concebida como el servicio al interés general, y en consecuencia es el Derecho una vía no sólo programática sino decisoria de conflictos y protectora de la arbitrariedad y el abuso del poder, tal como en el Derecho Privado sólo que en las relaciones entre el Estado y el ciudadano.³¹ La creciente complejidad y velocidad de las demandas sociales que permite el Estado social democrático de Derecho, conducen en razón de la rigidez

²⁸ BECK Ob. Cit. pp. 32 y ss.

²⁹ PRATS Ob. Cit.

³⁰ Ibidem.

³¹ PAREJO; ALFONSO LUCIANO; “Crisis y renovación en el Derecho Público” en Cuadernos y Debate. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991. pp. 23/24

heredada de una tradición ligada al modelo anterior, a un grado variable de ingobernabilidad. Aunque puede ser beneficioso que la racionalidad económica y eficacia se constituyan en parámetros legítimos de la acción administrativa, se ha de reconocer que existe el riesgo de sustituir la función del Derecho por los mecanismos de mercado. De la administración completamente programada sobre la base del principio de legalidad y de reserva de la actividad administrativa, se estaría en camino a un sistema policéntrico de producción, definición y realización del derecho. La propia programación de la administración sobre la base de la ley se ha transformado al sufrir la ley misma una transformación significativa, la que no sólo consiste en la pérdida de las notas clásicas de generalidad y abstracción, sino también por el cambio en el contenido mismo del mandato legal. La ley deja de responder al esquema mandato general-deber de obediencia de los ciudadanos, para establecer simples apoderamientos, encomiendas, determinaciones de fines y objetivos, así como la búsqueda de soluciones en el caso concreto.³² “La globalización no ha debilitado a los Estados que siguen siendo los actores clave en la arena política interna e internacional. Crecientemente el Estado es llamado a actuar como el vínculo entre los diversos actores implicados en los procesos de planificación, regulación, consulta y toma de decisiones. El Estado sigue procurando su función de cohesión social pero ahora apareciendo como el “hub” de actividades que conectan distintos actores en los más diversos campos, actividades, regiones, culturas, profesiones e intereses. La globalización está produciendo, en efecto, que todas las políticas internas sean o estén teñidas de internacionalidad. Los Ministerios de Asuntos Exteriores pierden su monopolio tradicional sobre la acción exterior del estado; los Presidentes se involucran cada vez más en política exterior y de hecho la dirigen. La globalización mejora también las oportunidades de compartir con los colegas de otros países que están viviendo los mismos problemas. Esto no tiene nada que ver con copiar o importar. Exige el desarrollo de una capacidad política y gerencial ajena a la función pública tradicional, la cual, a juicio de algunos autores, constituye un rasgo destacado de la competitividad nacional. Hay una última y obvia exigencia de la globalización: la redefinición de los conocimientos, actitudes y habilidades requeridos de los líderes políticos y de la función pública. Las habilidades lingüísticas, la sensibilidad multicultural, la capacidad de construcción y manejo de redes; la visión y gestión estratégica; la capacidad de negociar, de construir equipos, de gerenciar la tensión y el

³² Ibidem p. 23.

conflicto, y, quizás sobre todo, de mantener la credibilidad necesaria para dirigir procesos de experimentación y aprendizaje, resultan aspectos críticos de la reinención del liderazgo político y de la función pública que requiere nuestro tiempo. Ante las transformaciones tan radicales que hemos analizado, la clave radica en el fortalecimiento de las capacidades de apoyo al liderazgo del Ejecutivo con un doble propósito: (1) fortalecer la capacidad de previsión y manejo de los conflictos político-sociales con la intención de hacer del conflicto la oportunidad para acelerar el proceso de aprendizaje social de nuevas reglas, valores y capacidades para la acción colectiva, y (2) garantizar la coherencia de la acción del gobierno tanto entre sus distintos componentes como con los actores relevantes de la sociedad civil y del sector privado.

Bibliografía

- BAUMAN, ZYMUNT “La globalización. Consecuencias humanas” FCE Buenos Aires, 2005
- BECK, ULRICH “La invención de lo político” FCE Buenos Aires, 1999
- BERGER, PETER L. LUCKMANN, THOMAS “Modernidad, pluralismo y crisis de sentido” Paidós, Barcelona, 1997
- CROUCH, COLIN, “Posdemocracia” Taurus, Madrid, 2004
- FERRAJOLI LUIGI; “Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta Madrid 1999.
- GÉHENNO, JEAN MARIE “El fin de la democracia” Paidós, Barcelona, Buenos Aires, 1995
- GROISMAN, ENRIQUE I. “Función administrativa y legitimación democrática” CISEA, Buenos Aires, 1981
- KRIELE MARTIN; “Introducción a la Teoría del Estado- Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático”. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO “Eficacia y Administración” Instituto Nacional de Administración Pública Boletín Oficial del Estado Madrid, 1995
- “El Estado como poder y el Derecho regulador de su actuación, hoy; algunas de las transformaciones en curso” Revista CLAD Reforma y Democracia N° 15, Octubre de 1999, Caracas
- “Crisis y renovación en el Derecho Público” en Cuadernos y Debate. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991
- PRATS, JOAN “Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo” url www.iigov.org
- REBOLLO, LUIS M. “Los significados de la Constitución” en Constitución española. Aranzadi Editorial. Pamplona, 1996.
- ROBERTSON, ROLAND “Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad” Madrid, Colegio Nacional de doctores y Ldos. En Ciencias políticas y Sociología
- SCHMIDT-ASMANN, EBERHARD “La teoría general del Derecho Administrativo como Sistema” Instituto Nacional de Administración Pública. Marcial Pons, Madrid, Barcelona 2003
- VALLESPIN, FERNANDO “El futuro de la política” Taurus, Madrid, 2000