



Secretaría

Distr.  
LIMITADA

ST/SG/AC.6/1995/L.4  
20 de julio de 1995  
ESPAÑOL  
ORIGINAL: INGLÉS

12ª Reunión de Expertos sobre el Programa  
de las Naciones Unidas en materia de  
Administración y Finanzas Públicas  
Nueva York, 31 de julio a  
11 de agosto de 1995

EL MARCO JURÍDICO Y NORMATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ÍNDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN: EL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA . .	1 - 10	2
I. LA SITUACIÓN DE PARTIDA: EL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN HOY . . . . .	11 - 53	5
II. PROPUESTA DE DIRECTRICES PARA EL DESARROLLO DEL MARCO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA . . .	54 - 89	16
III. VÍAS PARA EL CAMBIO . . . . .	90 - 108	25
IV. CONCLUSIÓN. LA PERSPECTIVA DEL SIGLO XXI . . . .	109 - 112	29

Preparado por Gérard Marcou, consultor del Departamento de Apoyo al  
Desarrollo y de Servicios de Gestión de la Secretaría de las Naciones Unidas.  
Las opiniones expresadas son las del autor y no corresponden necesariamente a  
las de las Naciones Unidas.

INTRODUCCIÓN: EL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. Los textos que tratan de la administración pública suelen dejar de lado el derecho, mientras que los juristas no suelen ocuparse de los problemas a que se enfrenta la administración pública. Tan sólo una pequeña fracción de los textos intenta abordar el conflicto entre el imperio de la ley y la eficacia.

2. La mayoría de escritos sobre la administración pública se refieren a la modernización y la eficiencia; la cuestión fundamental es definir el tipo de organización y los métodos de gestión más apropiados para las tareas que debe desempeñar la administración pública y la respuesta debe basarse en la observación y el análisis de su funcionamiento. Es evidente que el derecho, que se basa en las normas y en su cumplimiento, entrará en conflicto con la lógica de la gestión, que consiste en organizar la actividad colectiva mediante una combinación de medios y objetivos. Esta crítica del derecho se ha utilizado frecuentemente para legitimar la ciencia administrativa y la gestión, en contraposición a un criterio jurídico y formal de la administración pública, que se presenta como obsoleto e insuficiente.

3. En realidad, el propósito del derecho no es el conocimiento ni la comprensión, sino la configuración de la realidad mediante la reglamentación de las relaciones entre los sujetos; no se trata de lograr objetivos, sino más bien de definir condiciones concretas o restricciones que hay que tener en cuenta al procurar los objetivos o al obtener acceso a los derechos prescritos por la ley. Para decirlo de otro modo, que quizás sea demasiado directo, la norma jurídica tiene un propósito, no un objetivo o una meta. La norma jurídica establece lo que debería ser, no lo que existe en realidad; prescribe la conducta de los sujetos a los que se aplica la ley, pero no determina la conducta que viene determinada por muchos factores sociales y no sólo - o únicamente en un grado menor - por el riesgo de una pena o sanción judicial. La norma jurídica, o una mejor aplicación de la norma jurídica, pueden formar parte de un programa de política pública, pero, una vez que la norma está en vigor, su vida jurídica se basa en la interpretación, un proceso que es necesario para determinar si una acción o situación concreta es acorde o no con la norma. La interpretación no es dictada tan sólo por el juez, sino que corresponde también a la aplicación práctica de la norma en que intervienen, como sujetos de la ley, todos los agentes sociales interesados. Por su parte, las autoridades encargadas de formular una política pública no pueden pasar por alto la vida jurídica de la norma porque parte de su eficacia dependerá de la interpretación.

4. No hay que contraponer el derecho a la administración, ni el derecho a la eficacia. Toda filosofía sobre el marco jurídico y normativo de la administración pública, especialmente en el ámbito del desarrollo, debe superar el conflicto entre esos términos. En realidad, en la medida en que hay un sistema jurídico sustancial, el derecho está estrechamente relacionado con la administración.

5. La hipótesis principal del presente trabajo es que no puede haber eficacia sin una reglamentación jurídica apropiada de la organización o de las actividades de la administración pública. En sus relaciones con la administración, el derecho debe considerarse simultáneamente un marco, un objeto y un instrumento.

6. El derecho es en primer lugar un marco de máxima importancia para la administración pública. En términos muy generales, es posible afirmar que cualquier institución es tanto una fuente de derecho como un sujeto del derecho, en la medida en que forma parte de un orden jurídico más amplio (superior). Esto es cierto también para la administración pública. Sin embargo, el calificativo de "pública" significa que la administración está dotada de atribuciones públicas ejercidas concretamente por autoridades designadas por la ley. En la medida en que la administración es pública, el derecho al respecto consiste no sólo en determinar una serie de derechos y deberes en sus relaciones con otros sujetos de derecho dentro de los límites del orden público, sino también en hacer prevalecer el interés público para el bien común. A diferencia de las organizaciones privadas, la administración pública no actúa en beneficio propio, sino en beneficio de la comunidad y, por consiguiente, está sometida a normas y objetivos determinados por los poderes públicos de esa comunidad. Las instituciones de la administración pública están establecidas por la ley, sus competencias y atribuciones están definidas por la ley y sus deberes con respecto a los derechos garantizados a los sujetos de la ley están regulados por ésta. Esta función del derecho como marco para la administración pública es esencial: determina qué tipo de relaciones existirán entre las distintas autoridades públicas y, por consiguiente, las condiciones con arreglo a las cuales deberán procurar sus propios objetivos y desempeñar sus funciones con eficacia. Para los sujetos del derecho supone también una cuestión de seguridad jurídica, que es muy necesaria para sus propias actividades, así como de permitirles reclamar sus derechos. Dicho de otro modo, la función del derecho, como marco de la administración pública, es necesaria tanto para la organización de la administración pública como para el respeto de los derechos garantizados por la ley. Es muy posible que se produzca un conflicto entre el requisito de eficacia (desde el punto de vista de la organización) y la garantía de los derechos, pero si el imperio de la ley (o el estado de derecho) son reconocidos como un valor por los poderes públicos, la garantía de los derechos es fundamental y deberá prevalecer. El principio de legalidad ha sido históricamente la primera y más importante forma de este valor, pero hoy en día tal vez sea necesario referirse a la garantía de los derechos humanos, ya que la legalidad tal vez no baste para hacerlos respetar.

7. En segundo lugar, el derecho es también un instrumento que permite que la administración pública alcance algunos objetivos específicos. Como ya se ha dicho, la mayoría de políticas públicas exigen la formulación de normas; se espera que la asignación de derechos y deberes oriente las conductas y las decisiones individuales al logro de los objetivos que se procuran. Es bien sabido que algunos programas de política tienen una gran "densidad normativa" (por ejemplo, las relaciones laborales, la seguridad en el trabajo y la protección del medio ambiente), mientras que otros son más bien de gran "densidad financiera" (programas de bienestar social, aunque éstos también suelen requerir un buen número de normas), o de gran "densidad financiera y de mano de obra" (por ejemplo, los de educación y salud), o de "densidad financiera y de empleo media-alta". No obstante, de manera más general, el derecho puede proporcionar una base de legitimidad a las políticas públicas, ya que se supone que refleja el amplio acuerdo de la sociedad sobre las normas con arreglo a las cuales se gobierna. Actuar en el marco de la ley entraña actuar en el marco de este acuerdo y aceptar la posibilidad de ser recusado respecto de una cuestión de derecho, por ejemplo cuando una persona utiliza los recursos que contempla la ley para hacer cumplir sus derechos. Actuar en el marco de la ley favorece la

aceptación de las políticas públicas, aun cuando el mérito de éstas se ponga en tela de juicio, tanto más cuanto que el procedimiento de formulación de normas sea lo bastante abierto como para asegurar que se han tenido en cuenta todos los intereses del caso.

8. En tercer lugar, el derecho puede ser un objeto de la política pública desde distintos puntos de vista. El cumplimiento de la ley no queda asegurado por la propia ley y nunca puede reducirse a una cuestión policial o de sanciones. No obstante, el cumplimiento es importante para que la ley sea eficaz. Pueden adoptarse varias medidas para hacer cumplir la ley más allá de los medios del poder judicial, como la información, la persuasión, los incentivos, la capacitación de los funcionarios públicos, etc. Hacer cumplir la ley puede ser parte de un programa político, al igual que la formulación de normas. Por otra parte, la formulación de leyes y su aplicación pueden dar lugar a políticas públicas específicas mediante una evaluación de la necesidad de formular normas, mediante la simulación o la experimentación, mediante la fijación de límites cronológicos para la validez de la norma (legislación con cláusula de expiración); mediante una mejor aplicación de las nuevas normas; o mediante la evaluación de los efectos de las normas, lo cual hoy en día está contemplado con frecuencia en las propias leyes.

9. El presente informe se concentrará en realidad en la primera de esas tres funciones, a saber, el derecho como marco para la administración pública y la gestión. Para su debate ulterior se han seleccionado los siguientes aspectos, si bien la lista no es exhaustiva:

Capacidad para el desarrollo y la promulgación de un sistema jurídico

Modelo de sistema jurídico

Integración de un marco legislativo

Disposiciones jurídicas para una mayor eficacia del sector público

Transparencia y obligación de rendir cuentas

La perspectiva del siglo XXI

10. La dificultad de la cuestión es que el desarrollo de cualquier sistema jurídico no es una cuestión de ingeniería jurídica y que las que parecen ser las mejores soluciones técnicas no tendrán éxito si no se tienen en cuenta distintos contextos, tanto más si esas soluciones están importadas de un sistema jurídico extranjero. Debido a la gran diversidad de situaciones, es mejor elaborar una estrategia general en vez de intentar extraer algún tipo de fórmula estándar sobre cuál debería ser el marco jurídico y normativo de la administración pública. Por consiguiente, los aspectos propuestos se abordarán en tres etapas. La primera es una evaluación del punto de partida respecto del derecho y la administración en los países en desarrollo, de los cambios que se están produciendo al respecto en los países industrializados, que tienen efectos en los anteriores, y de los recursos para las reformas. La segunda etapa consistirá en fijar el programa del desarrollo del sistema jurídico en forma de unas directrices generales, sujetas a adaptaciones y variaciones apropiadas al país. La tercera etapa es la de determinar y articular los distintos medios que

se utilizarán para lograr progresos en el marco jurídico y normativo de la administración pública. Por último, en la conclusión se contemplará la perspectiva del siglo XXI.

#### I. LA SITUACIÓN DE PARTIDA: EL DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN HOY

11. El grado actual de sometimiento de la administración pública a la ley en los países en desarrollo no suele considerarse satisfactorio. Con todo, las situaciones son muy diversas. Los cambios que están experimentando los sistemas de derecho público de los países industrializados también deben considerarse, porque tienen efectos en los países en desarrollo, o bien porque constituyen un ejemplo o bien porque son respuestas a profundos cambios sociales que afectan también a los países en desarrollo. En cada país es necesario determinar y evaluar los recursos disponibles para la reforma.

##### A. El derecho y la administración en los países en desarrollo

12. Parece esencial tener en cuenta la gran diversidad de situaciones con respecto al grado de sometimiento de la administración pública a la ley, y a la especificidad de la administración pública en el desarrollo de sistemas jurídicos. No obstante, en general existen notables deficiencias en el cumplimiento de la ley, especialmente en lo relativo a la administración pública.

##### La diversidad de las situaciones de los países en desarrollo

13. En casi todos los países en desarrollo, en la medida en que existe una constitución, existe un marco jurídico y normativo de la administración pública, así como varias leyes que organizan el gobierno y el servicio público y normalmente unos recursos judiciales más o menos amplios. Sin embargo, ello no significa que la administración pública esté realmente sometida a la ley. El ámbito del derecho público, su lugar en el sistema jurídico en su conjunto y la intensidad de sus normas difieren considerablemente entre los países, y todavía más su eficacia, es decir, el grado de cumplimiento de sus disposiciones.

14. Las diferencias en el alcance del derecho público y su lugar en el conjunto del sistema jurídico son consecuencia en gran medida de la historia y de la tradición. Por este motivo la mayoría de países de América Latina tienen un amplio derecho administrativo influido por el modelo francés, al igual que los países africanos de habla francesa. Para éstos, es parte de la herencia colonial; mucho después de la independencia, la continuidad del sistema jurídico está apoyada por la continuidad de las instituciones administrativas, y aún más de la educación jurídica, porque las nuevas normas se formularán sobre la base de los conceptos jurídicos fundamentales del sistema jurídico vigente. Ello no es privativo de los países que fueron colonias francesas, sino que se aplica también a los países del Commonwealth, profundamente arraigados en la tradición del common law. En los países de América Latina, la influencia del derecho administrativo francés es consecuencia de la especial influencia política y cultural de Francia a fines del siglo XIX en la clase dirigente (entre las influencias de otros países europeos en varios aspectos de la política, la cultura y la vida militar). Hoy en día, los conceptos básicos del derecho

administrativo siguen vivos, y en Colombia el derecho francés sigue siendo una fuente de inspiración. No obstante, algunas diferencias importantes ponen de manifiesto una evolución autónoma: la codificación de un procedimiento administrativo para los pleitos, que ha tenido como consecuencia una reducción de la importancia de la noción de "servicio público" como criterio para determinar la competencia del poder administrativo o del poder judicial. Una ley general sobre los contratos de la administración pública y los contratos sujetos al derecho administrativo son sólo los determinados por la ley.

15. No obstante, las diferencias de intensidad de las normas jurídicas y de eficacia deben adscribirse a otros factores. En muchos países de América Latina, la paradoja de un exceso de legislación y de una retórica democrática en contraste con la fragmentación de la sociedad, las profundas desigualdades económicas y el bajo nivel de participación política sugieren que la elite dirigente intenta superar el escaso grado de integración de la sociedad desarrollando el marco jurídico de un estado de derecho democrático que abarca a toda la población. La falta de eficacia puede analizarse con el modelo propuesto 30 años atrás por Fred Riggs, denominado la "sociedad prismática". Muchos países en desarrollo siguen caracterizándose por un bajo nivel de diferenciación funcional y una falta de integración, de manera que el progreso en la diferenciación puede ir acompañado de un agravamiento de la "desintegración". En una sociedad escasamente integrada, coexisten varios grupos sociales o comunidades, cuyas estructuras, aunque no están establecidas oficialmente, suelen prevalecer en la práctica sobre las normas institucionales oficiales cuando sus miembros desempeñan funciones oficiales; y, por el contrario, el grupo o la comunidad se apropia de manera no oficial de varias funciones que tienden a estar diferenciadas en el conjunto de la sociedad. Por tanto, el Estado y sus instituciones no pueden hacer cumplir de manera coherente la ley en la medida en que entra en conflicto con las normas que siguen los miembros de esos grupos o comunidades, especialmente los dirigentes. Ello puede explicar el contraste entre un sistema jurídico complejo y su bajo nivel de eficacia con respecto al grado de sometimiento de la administración pública al derecho (en varios países de América Latina) o a la falta de un sistema coherente de normas jurídicas aplicables a la administración pública (en varios países de la región del Pacífico de Asia). El nepotismo en los cargos públicos que se observa a menudo puede analizarse como un caso particular cuando se produce en esas sociedades, pero también puede producirse en los países industrializados, mientras que el caso de la "sociedad prismática" ofrece un reflejo más profundo de la situación de los países en desarrollo. El mérito de Fred Riggs ha consistido en poner de relieve que la administración pública de los países en desarrollo está sujeta a un contexto social concreto y que la modernización no vendrá simplemente de la transposición de las prácticas y modelos bien conocidos de los países industrializados. Ese autor señala que, para poder progresar, es necesario tener en cuenta ese contexto, y ello es especialmente cierto si el objetivo es la eficacia del marco jurídico de la administración pública.

#### La especificidad de la administración pública

16. La hipótesis anterior relativa a la falta de eficacia del marco jurídico de la administración pública ya ha demostrado la especificidad de la administración pública. Sin embargo, hay que señalar otros dos elementos.

17. En primer lugar, la administración pública es parte del gobierno; está subordinada al poder político. Ello significa que un marco jurídico en que la administración pública quede sometida a la ley solamente podrá desarrollarse en un contexto en que el poder político esté dispuesto a aceptar que la administración pública, e indirectamente su propia acción, pueda estar limitada por la ley. En esta medida, el progreso del estado de derecho en el terreno de la administración pública está condicionado por el progreso de la democracia.

18. En segundo lugar, el sistema de derecho público existente en casi todos los países en desarrollo tiene dos características: su modernidad y su unidad. Es un régimen jurídico moderno porque su formación está vinculada a la creación de instituciones y del propio Estado. En los países que han sufrido colonización, el tipo generalmente aceptado de Estado parecía entañar mantener o importar normas e instituciones con arreglo a ese tipo, sin tener en cuenta suficientemente las condiciones de la sociedad. En todos los Estados, el derecho público ha sido desarrollado como proceso voluntario mediante legislación y, por ende, por la elite burocrática. La unidad del derecho público contrasta fuertemente con el pluralismo o el derecho mixto que son características de los sistemas jurídicos de la mayoría de países en desarrollo. En el ámbito del derecho privado, es muy habitual la coexistencia de legislación moderna con fuentes consuetudinarias y religiosas, especialmente en el derecho familiar o el derecho de la propiedad. Se dice que existe pluralismo jurídico cuando distintos órdenes jurídicos reflejan la heterogeneidad de la sociedad, ya que cada componente de la sociedad tiende a generar su propio orden jurídico; se dice que existe un sistema mixto de derecho cuando las interacciones entre los regímenes jurídicos existentes en una sociedad tienden a formar un sistema de derecho coherente. El derecho público suele tener tan sólo fuentes modernas y extranjeras, sin influencia del derecho consuetudinario o religioso (en la mayoría de los casos) ni interacciones con fuentes de derecho premodernas. Esto es bastante fácil de entender: el fortalecimiento del Estado tiene lugar en un proceso de diferenciación que afianza la autonomía del Estado con respecto a la religión o la tradición.

#### El déficit en cuanto al cumplimiento de la ley y sus consecuencias para la conciencia jurídica

19. La necesidad de hacer cumplir la ley es una cuestión vital para los programas de política y la legislación en cualquier país, pero la mayoría de países en desarrollo sufren de un déficit general en cuanto al cumplimiento de las leyes, especialmente con respecto a la administración pública o a la garantía de los derechos. Esta situación abre una brecha entre la realidad y las normas que proclaman las leyes. Esto puede observarse en los procedimientos hiperdemocráticos de varios países de América Latina; esos procedimientos o garantías apenas se practican, se pasan por alto o se desvían de sus objetivos. También puede observarse en el caso de las normas aplicables a la administración pública en varios países africanos de habla francesa. Esas normas han sido transpuestas directamente del derecho francés, pero la jerarquía, la contratación y los derechos resultan distorsionados por las conductas y las costumbres, que se desvían de los principios que subyacen a las leyes.

20. Esa situación tiene consecuencias dramáticas para la conciencia jurídica; muchas personas con funciones y rangos distintos se comportan con arreglo a normas oficiales y no oficiales según las circunstancias en que se hallen.

Cuando prevalecen esas formas de conducta, la ley deja de poder cumplir su función, ya que tan sólo la circunstancia dictará si una norma va a cumplirse o no. Es imposible desarrollar un marco jurídico y normativo de la administración pública sin una estrategia para superar ese déficit en cuanto al cumplimiento de la ley. La dificultad reside en que la causa del déficit no se encuentra en la aplicación, sino en el propio derecho, cuando éste no aborda las normas reales subyacentes a la conducta de los agentes sociales.

#### B. Las transformaciones en los países industrializados

21. Es necesario tratar muy brevemente de las transformaciones experimentadas en el marco jurídico de la administración pública de los países industrializados, ya que normalmente esos países son los pioneros, proporcionan modelos a otros países e influyen en las organizaciones internacionales que prestan asistencia a los segundos. Cuando hablamos de transformaciones nos referimos a los cambios en la estructura de los sistemas jurídicos y no simplemente a cambios en el fondo de las normas jurídicas.

22. En todos los países industrializados existe un amplio marco jurídico para la administración pública y suele reconocerse que la administración pública funciona con arreglo a normas jurídicas. Sigue existiendo una importante división entre los países con un sistema jurídico basado en el common law y los países con un sistema jurídico basado en el derecho romano; solamente en estos últimos el derecho administrativo es una rama autónoma del sistema jurídico. Sin embargo, ciertamente es posible encontrar principios muy generales comunes a todos esos países y algunas tendencias importantes, aunque éstas tal vez no se observen en todos ellos. Sería útil poder evaluar en qué medida esos principios y tendencias son capaces de inspirar reformas en los países en desarrollo, en función de las condiciones particulares de cada uno de ellos.

#### Principios comunes

23. A este respecto podemos basarnos en parte en el trabajo de J. Schwarze, que se limita a 12 países de la Comunidad Europea (CE), aunque su sistematización puede generalizarse ciertamente a los Estados Unidos de América y al Canadá, debido al carácter muy general de los principios comunes que ha descubierto. Siguiendo a J. Schwarze, es posible afirmar que el marco jurídico de la administración pública en los mencionados países se basa en cinco principios generales, o grupos de principios, que se reflejan en los distintos sistemas jurídicos en formas diferentes (y a veces por intermedio de otros principios). Son los siguientes:

a) El principio de la legalidad: la acción administrativa está sujeta a la ley y la ley fija los límites de los poderes discrecionales que tienen las autoridades públicas, quienes son responsables en caso de daños causados por sus actividades;

b) El principio de la igualdad ante la ley y la prohibición de toda discriminación: ello significa, por lo menos, que toda distinción arbitraria o injustificada es ilegal;

c) El principio de la proporcionalidad: las medidas adoptadas deben guardar proporción con el objetivo que se persigue. Este principio, expresado originalmente en el derecho alemán y en el derecho internacional, está aceptado como principio general en todos los sistemas jurídicos con respecto a la administración pública, pero suele reflejarse en principios específicos de alcance más o menos limitado;

d) Los principios de la seguridad (o certidumbre) jurídica y de las expectativas legítimas: esos dos principios están estrechamente relacionados, ya que ambos deben contrapesarse con el principio de la legalidad, con el que puede haber un conflicto. Una manifestación importante de las expectativas legítimas en los países de common law es el principio del recurso de impedimento;

e) Los principios de procedimiento administrativo basados en el imperio de la ley: en este caso es más difícil establecer principios realmente comunes. Sin embargo, el derecho a un juicio justo o a presentar la propia defensa está ampliamente reconocido, y el deber de presentar los motivos de una decisión individual todavía está muy controvertido y suele reconocerse en situaciones específicas.

24. Esos principios, o algunos de ellos, también pueden encontrarse en los sistemas jurídicos de varios países en desarrollo, especialmente en el derecho administrativo de los países de América Latina; lo que está en tela de juicio es el cumplimiento de esos principios y no su aceptación.

25. No obstante, esa síntesis sólo es posible a un nivel muy alto de generalización, mientras que la eficacia de las normas jurídicas suele depender de los detalles y del procedimiento. Además, no se tiene en cuenta una cuestión importante, a saber, la existencia o no de un derecho administrativo autónomo y el alcance del derecho administrativo. Esta última cuestión es de la máxima importancia, ya que el derecho aplicable a los contratos promulgado por las autoridades públicas y las posibilidades de reclamación existentes dependerán de la solución que se prefiera en cada sistema jurídico. Por último, la existencia de principios comunes muy amplios no permite inferir que todos los sistemas de derecho público se estén aproximando, en el marco de una tendencia general hacia la mundialización. A pesar de algunas tendencias a la convergencia en algunos grupos de países, y de muchas influencias recíprocas, un atento análisis de la índole y de las causas de los principales cambios que pueden observarse en el derecho administrativo de la mayoría de países de la CE demuestra que fueron causados más por factores endógenos que por los factores externos de la presión del derecho comunitario.

26. Con todo, la formulación de esos principios generales en una recomendación de la Asamblea General sería acorde con la función de universalización de las Naciones Unidas y podría apoyar las tendencias a la reforma en diversos países.

#### Algunas tendencias importantes

27. Esas tendencias importantes no lo son porque puedan hallarse en todos los países industrializados, sino a causa de su papel destacado en los sistemas jurídicos de que se trate y de su influencia en otros países. Destacan cinco tendencias principales: la desreglamentación, los organismos independientes, la

apertura del gobierno, la mayor eficacia de los remedios en lo contencioso administrativo y los efectos de la integración regional. Esas tendencias deben evaluarse en relación con las condiciones imperantes en los países en desarrollo.

a) Desreglamentación

28. Esa tendencia apareció en los Estados Unidos de América a mediados del decenio de 1970 en un contexto muy concreto relativo a la intervención del Estado en la economía; se trataba de reducir el exceso de normas promulgadas por numerosos organismos federales. La competencia y la imitación la convirtieron en un tema casi inevitable de las políticas públicas de la mayoría de países industrializados o en desarrollo a lo largo del último decenio. Sin embargo, su expansión se vio favorecida por su ambigüedad. Abarca por lo menos tres orientaciones distintas, que no son incompatibles: a) detener la inflación de normas jurídicas; b) reducir el papel regulador del gobierno en la economía y la sociedad; y c) transferir varias actividades del sector público al sector privado y al mercado. Todas entrañan cambios importantes para la administración pública en los sectores afectados, pero no suponen una reducción del papel del derecho. Muy al contrario, tienden a) a hacer que la reglamentación sea más eficaz; b) a diversificar los instrumentos jurídicos pertinentes; o c) a crear nuevos instrumentos e instituciones reguladores.

29. El resultado puede ser una reordenación del marco jurídico para las relaciones entre el gobierno y la sociedad en que se favorezcan unos instrumentos jurídicos más estimulantes, más orientados al mercado o más negociados en vez de los clásicos instrumentos normativos coercitivos. La transposición de esos nuevos métodos a los países en desarrollo exige una evaluación preliminar de las condiciones necesarias para que tengan éxito; de otro modo los resultados pueden ser una pérdida de eficacia y una pérdida de gobernabilidad.

b) Organismos independientes

30. El modelo estadounidense de organismos independientes se ha hecho muy popular siempre que se considera conveniente organizar una función normativa apartada de las políticas de partido a fin de garantizar su neutralidad y continuidad. En los países europeos, las políticas de "desreglamentación" y privatización han dado lugar a varios de esos organismos establecidos por la ley al margen de la administración ministerial tradicional, en sectores como los servicios públicos (Reino Unido), las licencias de televisión (Francia) o la reglamentación de los mercados de valores (Francia, España e Italia). Efectivamente, los organismos independientes están muy diversificados, en lo que respecta a su "independencia" real, o a su autonomía y atribuciones y, por supuesto, a las actividades de que se trata. Algunos de ellos son efectivamente autoridades públicas, con competencias de promulgación de normas y/o adjudicación, mientras que otros son órganos consultivos o supervisores; algunos de ellos están sujetos a un estatuto muy protector, mientras que otros tienen tan sólo autonomía orgánica. Si bien la fórmula de los organismos independientes puede ser útil para neutralizar un ámbito polémico (como se pone de manifiesto en el caso de la televisión en Francia), también puede ser objeto de crítica por otros motivos. El Gobierno tiene dificultades de coordinación, ya que varios departamentos quedan al margen de su autoridad y funcionan con

arreglo a una lógica puramente sectorial. La independencia con respecto al Gobierno puede ser sustituida por un control más estrecho de los organismos por los grupos de intereses. Ese peligro es aún mayor cuando las estructuras del Estado son débiles y cuando no cabe esperar que la participación de los ciudadanos o de los grupos de consumidores actúe como contrapeso. Incluso en los Estados Unidos, no hay que olvidar que el primer objetivo de las políticas de desreglamentación fue la actividad normativa de varios organismos o comisiones independientes. Los países en desarrollo que han seguido este modelo normalmente han sufrido reveses.

c) La apertura del gobierno

31. Esta podría ser una de las tendencias más prometedoras de los últimos decenios, que invierte la antigua tradición de la reserva burocrática. La apertura del gobierno, o la transparencia, significa el derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos y al proceso de formulación de normas.

32. Con respecto al acceso a los documentos administrativos, que es el aspecto que presenta un mayor desafío a la administración pública, Suecia es el primer país del mundo que ha promulgado legislación que contempla ese derecho y que ya forma parte de su Constitución. No obstante, sólo un pequeño número de países ha seguido realmente ese camino: entre los países industrializados, los Estados Unidos de América, Francia, España (Constitución, art. 105), Italia; o algunos países de América del Sur, como Colombia (Constitución, art. 74) y el Brasil (Constitución, art. 5-XXXIII).

33. La apertura del gobierno entraña cambios profundos en la actitud hacia los ciudadanos; exige nuevos métodos de gobierno, acordes con el nuevo paradigma de la función de gobierno, que deberían formar parte de toda estrategia de habilitación dirigida a los grupos desposeídos.

d) Los remedios

34. Hay una tendencia general a reforzar la garantía de los derechos conjugando los remedios judiciales con los no judiciales; además, es menester conseguir que se ejecuten los fallos de los tribunales. Al respecto, la oposición tradicional entre los regímenes de common law y los de derecho administrativo, entre los basados en remedios no judiciales y los basados en remedios judiciales, ha perdido en parte su importancia. Es preciso que haya remedios no judiciales porque pueden hacer justicia más rápidamente y ofrecen la posibilidad de una solución justa aunque no obliguen en derecho a la administración pública; los remedios judiciales son necesarios para someter a la administración pública a la ley y superar la mala fe de la administración pública, si se diere. Únicamente la existencia de una pluralidad de remedios puede ayudar a evitar situaciones de vacío.

35. Por lo que se refiere a la ejecución de los fallos de los tribunales, el common law ha ofrecido siempre la ventaja de que los tribunales tienen el mismo poder de acción sobre las autoridades públicas que sobre los demás sujetos jurídicos, salvo por lo que hace a las inmunidades. La evolución del derecho administrativo de Alemania, Italia y, más recientemente, Francia muestra que

también es posible aplicar los fallos de los tribunales a la administración pública en los regímenes de derecho administrativo.

e) La integración regional

36. La integración regional tiene importantes consecuencias en el marco jurídico y normativo de la administración pública de los países de Europa occidental, pues la legislación de la Comunidad Europea no sólo tiene una influencia generalizada en la administración pública, a la que compete aplicarla, sino que además ha favorecido algunos avances del principio de legalidad. Así, por ejemplo, los requerimientos cautelares del magistrado administrativo a una administración pública a propósito de determinadas categorías de contratos han producido directamente la obligación de aplicar las directivas de la Comunidad Europea allí donde no existían en la legislación interna. Igualmente importante es la aplicación del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo cual repercute en los procedimientos y en los tribunales administrativos.

37. Donde la política o determinados intereses se oponen al desarrollo del marco jurídico de la administración pública, los procesos de integración regional, sustentados por la integración planetaria de la economía, pueden facilitar la aceptación de un nivel superior de legalidad a través de los principios que entran en juego en la solución por un tribunal internacional de cuestiones que contempla el Tratado.

C. Las bases de la reforma

38. Si se considera que, por los motivos expuestos, el desarrollo del marco jurídico de la administración pública es un progreso para los países en desarrollo, al igual que para otros países, se puede partir de tres bases: el legado de los modelos extranjeros, que debe ser evaluado habida cuenta de la situación y de las metas políticas vigentes; la cultura y la tradición jurídica del país (que también deben ser objeto de una evaluación); y los valores universales plasmados en los documentos de las Naciones Unidas.

El legado de los modelos extranjeros

39. Se ha hablado y se ha escrito mucho sobre la falta de adecuación de las estructuras administrativas y los regímenes jurídicos instaurados al amparo del dominio colonial. Se ha recalcado que la enorme distancia que media entre el espíritu, las normas, los métodos y los procedimientos de la administración moderna y los valores sociales, culturales y humanos de las sociedades tradicionales y rurales provoca a menudo el rechazo de aquéllos por los ciudadanos; a un escaso grado de aceptación corresponde un exiguo respeto. Ahora bien, pese a que es general el acuerdo a propósito de esta valoración, en la mayoría de los países en desarrollo que han estado sometidos al dominio colonial se observa una notable estabilidad del legado colonial. La explicación habitual consiste en afirmar que la nueva elite gobernante, que se ha formado en la metrópolis colonial, ha obtenido el poder de esas estructuras y leyes y que los antiguos gobernantes coloniales le han alentado a mantenerlas una vez alcanzada la independencia.

40. No hay que descartar, empero, otras explicaciones. En primer lugar, que en ocasiones la influencia de un modelo extranjero ha precedido a la colonización. En los países árabes, el pensamiento reformista del siglo XIX se esforzó por conciliar la ley cherámica con el derecho fundado en la razón universal y por implantar estructuras estatales conformes a los modelos europeos por considerar que el Estado era la fuente del poder occidental. Los autores reformistas, que creían que era necesario el Estado para reformar la sociedad y que el Estado tenía que promulgar las normas jurídicas que exigían los nuevos tiempos, inspiraron las reformas aplicadas en Túnez y Turquía hacia mediados del siglo pasado. La primera influencia del derecho administrativo francés se debe a ese proceso de reforma intelectual y política, comparable, a las reformas emprendidas a partir de finales del siglo XIX en varios países latinoamericanos, que buscaron nuevas soluciones en Europa. En segundo lugar, que las estructuras administrativas y las leyes importadas de Europa desempeñaron además, en cierta medida, un papel decisivo en la erección de un Estado en las sociedades que no habían llegado a alcanzar plenamente la categoría de Estados en las épocas precoloniales. A juicio del profesor tunecino Yadh Ben Achour, el éxito del derecho francés en los países árabes, pese a la oposición permanente de los estudiosos representantes de la tradición, se debió a su inclinación a la conceptualización, el formulismo y las unidades lógicas. Esa propensión a la abstracción permitió al derecho francés abarcar diversas concepciones jurídicas. En el campo del derecho público, la asociación estrecha entre la autoridad y el liberalismo contribuyó a la asimilación del derecho francés después de la independencia, incluso en países como Egipto, que no habían sido colonizados por Francia. Según el profesor Ben Achour, el derecho público francés es un arma en manos de las nuevas naciones-Estados en formación, gracias a sus conceptos básicos de un derecho administrativo autónomo que plasma la superioridad del interés general y el servicio público, al tiempo que su faceta liberal inspiró a los movimientos reformistas y nacionalistas que propugnaban la aplicación de principios revolucionarios y republicanos. Se puede analizar de modo similar los motivos de que en otros países se haya asimilado el legado colonial. Asimilación quiere decir apropiación y el legado puede evolucionar posteriormente, de forma autónoma, conforme a la situación de cada país.

41. Ahora bien, no hay que olvidar que las leyes y las instituciones impuestas por el gobernante colonial estuvieron siempre degradadas y distorsionadas por mor del dominio colonial, de lo cual es un ejemplo ilustrativo la introducción de la justicia administrativa en Túnez en 1888: las denuncias contra la administración pública debían ser formuladas ante el tribunal de lo civil, pero el juez no estaba facultado para anular actos administrativos ilegales y la justificación de este desvío del derecho francés era que "no es concebible que se pongan trabas ni se haga recelar de la labor llevada a cabo por la administración pública mediante denuncias irreflexivas e infundadas que puedan arrojar descrédito sobre las medidas dictadas teniendo por mira el interés general".

#### La cultura tradicional y la tradición jurídica

42. Sea como fuere, nunca se resolvieron adecuadamente los vínculos entre la modernidad y la tradición, problema que la persistencia del subdesarrollo de amplias zonas ha agravado y que ha hecho que la elite de muchos países esté aún más alejada de los ciudadanos de lo que lo estaba probablemente hace un siglo.

43. El derecho forma parte de la cultura; el derecho público está ligado a representaciones del Estado y del poder en la sociedad que en mayor o menor medida comparten todas las clases; en caso contrario, el Estado y la administración pública, al igual que las normas jurídicas, estarán distanciados de la sociedad y su no aceptación dará lugar a un escaso grado de respeto.

44. Las reformas del marco jurídico de la administración pública deberán tener en cuenta por lo menos dos aspectos de la cultura tradicional muy extendidos en los países en desarrollo: la importancia de las relaciones personales en una sociedad oral y la importancia del grupo (la comunidad) para la persona.

45. La burocracia moderna se basa en la palabra escrita; ahora bien, es sobradamente conocida la renuencia de muchas personas ante lo escrito, comprobada incluso en países industrializados, en particular entre los grupos desfavorecidos, pese a estar sometidos constantemente a las exigencias de las tareas administrativas. El fenómeno es aún más patente en los países en desarrollo, cuyos habitantes son analfabetos en una proporción elevada. La escritura y la informatización son necesarias para garantizar la legalidad y para alcanzar las metas de la modernización, pero muchos ciudadanos corrientes necesitan una mediación. En la práctica, se han encargado de esa mediación terceras partes, que prestan sus servicios a cambio de una remuneración, o los propios empleados públicos. En los últimos años, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha llevado a cabo un programa encaminado a instituir un enfoque sociocultural y comunicativo de la administración pública en los países en desarrollo, cuyos resultados aún no han sido evaluados, aunque sí hay que considerar sus aspectos jurídicos.

46. Es menester regular los procedimientos administrativos a fin de:

a) Prestar asistencia mediante entrevistas para interpretar los documentos escritos;

b) Facilitar la mediación de terceras partes que presten asistencia, fijando condiciones que impidan que se cometan abusos;

c) Formular claramente las obligaciones de los funcionarios públicos hacia los ciudadanos;

d) Establecer mecanismos de supervisión del cumplimiento de esas obligaciones.

Las partes interesadas deben tener derecho a conocer los documentos escritos elaborados por la administración en el curso de los procedimientos. La simplificación de los procedimientos administrativos sigue siendo una meta estimulante, cuyo logro puede facilitar la descentralización.

47. La solidaridad es también un valor importante en las sociedades tradicionales. La persona es solidaria ante todo del grupo; por consiguiente, es especialmente sensible a las opiniones de los miembros del grupo y la lealtad hacia el grupo prevalece habitualmente sobre otras lealtades o se conjuga con ellas, hecho perfectamente documentado en las sociedades africanas. Las estructuras y las leyes estatales modernas no han conseguido en ningún caso poner en la práctica los valores de las sociedades occidentales integradas en el

plano de la nación. En numerosos programas de política de desarrollo apoyados por organizaciones internacionales se ha tenido en cuenta las comunidades y la lealtad hacia ellas, pero muy rara vez en las normas jurídicas aplicables a las administraciones y actividades públicas. El problema estriba en que, mientras que el derecho público se basa en un supuesto de derechos y deberes de la persona, en realidad está sujeto a la adhesión de las personas a las comunidades a las que pertenecen. La integración de esos vínculos al régimen jurídico entraría en contradicción con los principios y los valores que subyacen a las instituciones y las normas jurídicas de la administración pública. Ello no obstante, se debe seguir por el camino abierto por los autores árabes reformistas del siglo XIX y elaborar principios jurídicos que puedan salvar la distancia que hay entre las distintas comunidades y la administración pública moderna, medida necesaria para participar en la economía mundial. T. Ould Daddah propuso revivir la noción de "Asabiya", formulada por Ibn Jaldún en el siglo XIV, que quiere decir la conciencia del bien de la comunidad, pero sólo tendría sentido si se pudiera concretar en instituciones o mecanismos concretos. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconoció la adhesión de la persona a su comunidad y a su familia (arts. 18, 27 y 29), pero aún no se ha explicado en detalle qué consecuencias tiene en la administración pública y en las relaciones de las personas o comunidades con la administración pública. Es difícil hallar un punto de equilibrio, pues la comunidad puede resultar opresora para la persona, en particular la mujer, cosa que también hay que evitar, pues, en derecho, prevalecen los derechos de la persona (véanse los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 que figuran en el anexo de la resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General).

48. La materialización de estos valores en normas jurídicas aplicables a la administración pública debe formar parte de todo programa de reformas, ora para formular derechos y deberes, ora para concebir nuevas modalidades de administración voluntaria más próximas a los ciudadanos, por delegación de los órganos públicos a comunidades reconocidas.

49. Puede ser más difícil integrar la tradición jurídica a la administración pública, ya que se trata, o bien de un derecho consuetudinario inmanente en las relaciones sociales que remite a una sociedad no estatal, o bien de un derecho basado en unos principios y una fe religiosos. En ambos casos, normalmente la tradición jurídica no contempla la existencia de una administración pública; la autoridad no se basa en el imperio de la ley ni en la legitimación democrática y no puede estar sometida a la crítica ni al control de los ciudadanos. Como ya se ha dicho, el marco jurídico existente de la administración pública no es una legislación mixta.

#### Los valores universales

50. Las Naciones Unidas han puesto en marcha o aprobado numerosos documentos que integran valores universales reconocidos en normas jurídicas internacionales. Los dos Pactos antes mencionados pueden ser el punto de partida para elaborar nuevos principios relativos a la administración pública.

51. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados tienen la obligación de prestar los servicios o dar las garantías necesarias para la aplicación de esos derechos, lo cual significa que la administración pública tiene que estar organizada y dotada de los medios

necesarios de modo tal que pueda cumplir la obligación internacional del Estado de llevar a la práctica el Pacto.

52. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de las leyes como principio universal aplicable a todos los seres humanos. Es asimismo deber de la administración pública y las personas tienen derecho a la pertinente protección frente a quienes lo infrinjan.

53. Es posible perfeccionar más las garantías internacionales de los derechos humanos con nuevas disposiciones o un nuevo instrumento que se refiera concretamente a la administración pública.

## II. PROPUESTA DE DIRECTRICES PARA EL DESARROLLO DEL MARCO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

54. A partir de las observaciones anteriores, las directrices propuestas se ajustan a cinco orientaciones básicas: a) aplicar el principio de legalidad; b) los ciudadanos y la administración pública; c) la gestión del personal; d) los servicios públicos desempeñados por el sector público o el sector privado; e) la legislación y el buen gobierno.

### A. La aplicación del principio de legalidad

55. A lo largo de la historia, la administración pública ha estado sometida a la legalidad por los magistrados; por consiguiente, es menester mejorar el sistema judicial a ese efecto. En la actualidad, la Constitución debe desempeñar un papel en ese terreno.

### Las disposiciones constitucionales sobre la administración pública

56. En constituciones recientes figuran disposiciones sobre la administración pública, además de las habituales disposiciones sobre la estructura y los principios básicos del gobierno local. Desde luego, los principios constitucionales no bastan para someter la administración pública al derecho, pero contribuyen a popularizar principios fundamentales que respaldarán las denuncias de los ciudadanos y ofrecerán nuevas posibilidades de interpretación a los magistrados. Al respecto, cabe citar ejemplos de las de Grecia (1975, arts. 20 y 101 a 104), España (1978, arts. 103 a 107), Portugal (arts. 266 a 272), República Checa (Carta de Derechos de 1992; art. 36), Rumania (1991, art. 48), así como las de Colombia (1991, arts. 86 a 92 y 365 a 370) o del Brasil (1988, varias disposiciones de los artículos 5 y 6 y 36 a 38). Estas disposiciones difieren mucho entre sí por su objeto y alcance. De suma importancia son las relativas a los remedios frente a ilegalidades y perjuicios ocasionados por la administración pública.

### La mejora de los remedios judiciales

57. Por lo que se refiere al sistema judicial, es preciso asegurar la independencia de los magistrados, si bien, aunque ésta exista, queda por resolver puntos débiles de importancia como el costo del recurso a los

tribunales, que exige prestar asistencia pública a los querellantes carentes de medios; la posibilidad de que los jueces formulen requerimientos cautelares; el tiempo de espera hasta que se pronuncie sentencia, que debe de ser razonable, y el acatamiento de los fallos judiciales por las autoridades públicas. La posibilidad de recurrir ante un tribunal internacional puede ejercer una presión en pro de mejoras en estos terrenos, como pone de manifiesto el ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

#### B. Los ciudadanos y la administración pública

58. La existencia de un buen sistema de garantía de los derechos de los ciudadanos en cuestiones de administración pública permite llegar a acuerdos sin necesidad de querellarse ante los tribunales, pero la posibilidad de formular una querrela es un elemento esencial para que los procedimientos de solución de diferencias sean eficientes. Además, es preciso fomentar la participación y la información de los ciudadanos.

#### El procedimiento administrativo

59. Numerosos países ya han regulado y unificado los procedimientos administrativos en materia de adopción de decisiones, gracias a lo cual todo sujeto jurídico al que afecte una decisión será considerado parte en el procedimiento, y por consiguiente será oído, podrá enterarse de los motivos de la decisión y, en caso necesario, apelar a una autoridad superior. Este tipo de códigos de procedimiento administrativo se originó en Austria en los últimos años del Imperio de los Habsburgo. Hecho notable de señalar, varios regímenes autoritarios han adoptado o mantenido códigos de procedimiento administrativo (por ejemplo, España durante la dictadura de Franco y Polonia, Checoslovaquia y Hungría, bajo el régimen comunista). Los remedios judiciales sólo fueron introducidos posteriormente, cuando se estableció la democracia, dando la posibilidad a los magistrados de revisar las decisiones administrativas o resolver las apelaciones.

60. Estos casos ponen también de manifiesto que, mediante un procedimiento administrativo adecuadamente codificado, es posible mejorar la situación de los ciudadanos frente a la administración pública en países en los que la democracia aún no se ha establecido o se halla sólo en sus inicios. Posteriormente, aumentará su eficiencia con la introducción de remedios judiciales, pero seguirá siendo útil. Otro ejemplo adecuado es el de Francia, un país con una antigua tradición de derecho administrativo, en el que el procedimiento administrativo se regía por lo general por la jurisprudencia: un simple decreto (de 28 de noviembre de 1983) ha contribuido a inclinar la balanza a favor de los ciudadanos al imponer el procedimiento inspirado en el principio de contradicción en la adopción de decisiones cuando éstas van a influir en los derechos de un sujeto jurídico; la información sobre las apelaciones contra la decisión; la obligación de anular en cualquier momento una norma que sea o haya pasado a ser ilegal y, a petición de la persona interesada, toda decisión concreta basada en esa norma. Los demandantes se amparan en estas nuevas disposiciones, en caso necesario ante los tribunales administrativos.

El valor de la experiencia del defensor del pueblo o mediador (Ombudsman)

61. Poquísimas instituciones han sido tan imitadas, y en contextos políticos y administrativos tan diferentes, como la del ombudsman sueco. Su éxito está plenamente justificado. A diferencia de lo que sucede con las apelaciones conforme a un procedimiento administrativo o con los remedios judiciales, la denuncia formulada ante un defensor del pueblo o mediador no requiere normalmente ninguna formalidad; se evalúa mucho más ampliamente el locus standi y en ocasiones ni siquiera es necesario; es el defensor del pueblo y no el denunciante quien tiene que discutir con la autoridad pública y el defensor del pueblo o mediador puede buscar un acuerdo que sea justo para el denunciante, aunque no sea de obligado cumplimiento para la autoridad pública. La experiencia ha demostrado que el tiempo de espera antes de llegar a un acuerdo es mucho más breve que en los demás procedimientos.

62. Por su falta de formalismo, esta institución puede ser muy útil en los países en desarrollo y muchos de ellos ya la han implantado, pero la influencia del defensor del pueblo depende en enorme medida del contexto: en Suecia el ombudsman cuenta con el apoyo de la autoridad del Parlamento, por el que es elegido, y con las facultades de que dispone para proceder contra los funcionarios de Estado que no se atengan a sus recomendaciones. En otros países, es esencial la posibilidad de que el denunciante recurra a los tribunales, pues permite a la administración pública acatar voluntariamente el dictamen del defensor del pueblo o, en caso contrario, que se le obligue a hacerlo.

El acceso a la información y la participación de los ciudadanos

63. No puede darse participación sin acceso a la información pertinente. El nuevo paradigma de buen gobierno que en la actualidad se plantea en los debates internacionales exige e implica nuevas actitudes así de los funcionarios como de los ciudadanos. La ley debe instaurar el nuevo marco general de las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos, basado en la información y en la participación, en el que cabe distinguir cuatro aspectos: a) el derecho a la información; b) el deber de la administración pública de facilitar la información; c) la política de información de las autoridades y d) la participación de los ciudadanos en la adopción de decisiones. Únicamente la política de información de las autoridades no requiere ser regulada por ley; tiene por objeto obtener apoyo para las políticas, prevenir la oposición y evitar obstáculos a su aplicación. Exige conseguir aliados entre los grupos de interés y debe considerar como colaboradores a los medios de comunicación de masas.

64. El derecho de acceso a la información es el derecho de todo sujeto jurídico a que se le comunique o se le dé copia de cualquier documento oficial, salvo las excepciones previstas por ley o las condiciones en cuanto al autor de la petición, también previstas por la ley, pero esas condiciones disminuirán la eficacia del derecho. Es menester establecer un procedimiento de solución de diferencias, bajo control judicial, a fin de aplicar el derecho (véase el ejemplo francés de la Commission d'accès aux documents administratifs).

65. La obligación de la administración pública de dar acceso a la información significa que tiene que publicar una información pertinente que permita a los

ciudadanos aquilatar las decisiones que se toman en materia de administración y gobierno. La pertinencia de la información es indispensable, y la selección de lo que se ha de publicar no debe quedar en manos de la administración de que se trate, sino establecerse claramente por ley. La posibilidad de exigir responsabilidades a los funcionarios, sean electos o no, depende de la pertinencia de la información que se divulgue. Existen pocos ejemplos de reglamentaciones jurídicas de este tipo. En la Ley de administración territorial de Francia, de febrero de 1992, se previó el tipo de información que los gobiernos locales deben preparar y poner a disposición del público en relación con los presupuestos y servicios públicos locales que se han transferido al sector privado mediante licencia; posteriormente, en varios decretos se ha definido cada uno de los elementos de esa información.

66. La cuestión de la participación de los ciudadanos en el proceso de adopción de decisiones trasciende ampliamente el marco jurídico de la administración pública, pero en algunos sentidos forma parte de él. La participación es necesaria: a) para considerar todos los intereses que resultan afectados por una decisión; b) para legitimar la dirección de la política; c) para revelar de antemano las dificultades en cuanto a la aplicación; y d) para informar a la administración pública de las necesidades y los problemas que requieren la intervención pública. La participación confiere a la administración pública capacidad de previsión. Sin la participación, la administración pública podría adolecer de ceguera burocrática, de ahí que las administraciones públicas de países industrializados apoyen a diversas asociaciones o grupos que pueden desempeñar una función de enlace con el público que representan.

67. Ahora bien, para que la participación no sea sólo una política de presión, es necesario que sus propósitos, alcance y condiciones estén reglamentados por ley. Debe determinarse mediante la ley si la participación ha de llegar a ser un traspaso del poder de adopción de decisiones, si este poder se ha de compartir mediante la participación de ciudadanos o de intereses, o si sólo ha de cumplir una función consultiva o de supervisión. Se trata de un problema básicamente político, pero conviene tener presente que en ocasiones la participación puede socavar la obligación de rendir cuentas de la administración y los funcionarios públicos, o restar claridad a la asignación de facultades para adoptar decisiones. En tal situación, la ceguera burocrática se vería sustituida por la ceguera democrática y la comunidad permanecería a oscuras. Por tanto, en la mayor parte de los casos deberá preferirse la participación consultiva, con la salvedad de que la administración pública estará obligada a aplicar un procedimiento de adopción de decisiones que sea abierto y participativo. La transparencia es el único medio capaz de garantizar que quienes ejercen el poder no han de distorsionar el mecanismo de participación o no lo harán de manera excesiva.

68. De resultas de ello, es imposible reglamentar por separado un solo aspecto de esta cuestión porque entre todos hay una fuerte interdependencia y están vinculados por relaciones sistémicas; un gobierno abierto sólo podrá prevalecer mediante varias instituciones que se apoyen mutuamente; de lo contrario, resultará fácil obviarlo.

### C. Gestión de personal

69. Si bien la gestión de personal no es, en esencia, una materia jurídica, la ley reflejará el concepto de administración pública que se confiere al Estado y enunciará los valores que han de prevalecer en la gestión de personal.

70. Todavía los sistemas de administración pública se pueden dividir en sistemas cerrados (de carrera) y abiertos (derecho laboral); aunque en alguna medida todos los sistemas son mixtos, en cada uno predomina la lógica de uno u otro tipo.

71. Se ha criticado a los sistemas de carrera por su rigidez y su dificultad para adaptarse a los cambios económicos. No obstante, el principal defecto que presentan en los países en desarrollo donde se han adoptado es que no se les aplica con seriedad y, por tanto, las ventajas no son manifiestas pero sí las deficiencias. El principal mérito del sistema de carrera es de índole constitucional: puede garantizar en mayor medida que el sistema abierto la neutralidad de la administración pública, lo cual es una virtud fundamental para los ciudadanos puesto que los funcionarios dependen menos de los políticos, y, por consiguiente, pueden preservar mejor los valores éticos de la administración pública. No se ha comprobado que el nepotismo sea más generalizado en los sistemas de carrera que en los sistemas abiertos.

72. Así pues, conviene que existan disposiciones constitucionales relativas a la administración pública, las cuales pueden encontrarse en las constituciones de varios países latinoamericanos y de otros continentes. Debería existir una ley que reglamentara la administración pública y determinara su organización, y los procedimientos de contratación, así como las carreras, derechos, deberes y las garantías de los funcionarios públicos, y que estipulara las categorías de personal a las cuales se aplicaría el estatuto. Para hacer cumplir la ley se necesitan medidas judiciales, pero también libertad de organización o acción profesional.

### D. Prestación de servicios públicos por el sector público o el sector privado

73. Pese al alcance mundial de la economía y a la aceptación general que recibe hoy la economía de mercado, siguen y seguirán existiendo diferentes criterios acerca del equilibrio entre el Estado y las economías de mercado, que dependen de la cultura política, la solidez de las estructuras estatales, el nivel de desarrollo económico y la vitalidad del sector privado en cada país. A consecuencia de ello, en distintos países la misma actividad puede estar a cargo de una empresa pública o del sector privado, puede considerarse un servicio público supeditado a una extensa reglamentación pública o, por el contrario, puede dejarse en el ámbito de la economía de mercado pura, sujeto solamente (por ejemplo) a la ley de la competencia y al orden público. Por consiguiente, un campo de tanta amplitud e importancia no puede ser objeto de recomendaciones internacionales de alcance general.

74. Con todo, en lo tocante a un marco jurídico de la administración pública, hay que considerar desde el punto de vista del interés público, varias situaciones que no dependen de la propia administración pública.

75. En una primera categoría de situaciones el interés público ha generado una misión pública que debe cumplirse bajo la responsabilidad pública. No obstante, su cumplimiento puede estar a cargo de una empresa pública o de una privada, que en uno y otro caso recibe los poderes o privilegios públicos necesarios para cumplir la misión. La relación entre la autoridad pública y la empresa puede estar sujeta a un reglamento y prácticas de carácter administrativo o a un contrato. El contrato permite negociar y determinar las condiciones en que se prestará el servicio, así como la responsabilidad en materia de administración. Mientras que en el caso de la empresa pública el contrato permite determinar el alcance de la autonomía administrativa de acuerdo con la misión que ha de cumplirse, tratándose de una firma privada el contrato tiene por objeto establecer una cooperación duradera, o asociación, con la administración pública y asegurar que la autoridad pública pueda supervisar el cumplimiento. La ley francesa ha creado un conjunto de arreglos contractuales diversos para estas situaciones. Se utilizan acuerdos de concesión especiales con empresas privadas; existen varios tipos que difieren en lo que respecta a la financiación de inversiones y la distribución de los riesgos; actualmente estos acuerdos están sujetos a varias normas comunes a fin de asegurar más transparencia y una competencia leal a la hora de otorgar los contratos. En el caso de las empresas públicas, se utilizan por igual las definiciones (cahiers des charges) en las que se establece la misión que ha de cumplirse y las condiciones en que ha de prestarse el servicio a los usuarios, y convenios de planificación en los que se determinan las condiciones financieras y administrativas, incluida la cuantía del apoyo presupuestario que proceda de acuerdo con las condiciones del servicio público.

76. Los acuerdos de concesión (en términos generales) no parecen muy diferentes a la práctica de concesión de licencias que se aplica en diversos países, como los Estados Unidos o el Reino Unido en varios sectores, que corresponde a una autoridad gubernamental o a un organismo independiente. En tales casos, al conceder la licencia, la autoridad normativa puede imponer varias obligaciones relacionadas con el servicio que ha de prestarse, la fijación de precios o la competencia; la autoridad normativa soluciona las controversias con sujeción a un examen judicial. Sin embargo, este tipo de instrumento se basa en una separación precisa entre los sectores público y privado que confiere menos oportunidades de asociación cuando los objetivos públicos justifican que el gobierno asuma una parte del riesgo o parte de los costos (gastos de capital o gastos de explotación). En términos jurídicos, cabe afirmar que se basa en una lógica de control y no en una lógica de servicio, aunque el propósito sea la prestación de servicios.

77. Las políticas de privatización han provocado la transferencia al sector privado de varios servicios públicos, que ahora responden en mayor o menor medida a las leyes del mercado, y la creación de autoridades normativas para fines concretos. La experiencia británica en este campo reviste un interés especial debido a la amplitud que ha alcanzado en los últimos 15 años y al número de servicios públicos que abarca. Demuestra que en esos sectores, se necesita una reglamentación amplia y compleja para equilibrar el interés público y la economía privada. Ha sido difícil, y no siempre se ha conseguido, instaurar la competencia en sectores dominados por monopolios, como el suministro de gas o electricidad, en particular dado que se les considera casi unánimemente monopolios naturales, y algunas veces ha sido necesaria la intervención de la Comisión de Monopolios y Consolidaciones (MMC). Esto ha

generado más información y transparencia en cuestiones como la fijación de precios. En todos los casos, la estructura de reglamentación se basa en un organismo de reglamentación independiente y en supervisión gubernamental ejercida por el Secretario de Estado competente; en el caso de la electricidad, se confirieron al Secretario de Estado poderes más amplios, y la autoridad de los cuatro sectores de reglamentación (gas, telecomunicaciones, abastecimiento de agua y electricidad) se definieron en la Ley de competencia y servicios (Servicios públicos) de 1992. En realidad parece que la influencia del gobierno puede ser muy amplia, pero el secretario de Estado no tiene facultades para modificar una licencia después que se ha otorgado. Como señala el Profesor McEldowney, esta estructura de reglamentación recuerda la que existía en el siglo XIX, por ejemplo, para los ferrocarriles.

78. Es notable que en Francia nunca se haya puesto en práctica una doble estructura de reglamentación de esta índole, aun en épocas en que los mismos servicios pertenecían al sector privado. En los sectores subordinados a las directivas de la CE, que imponían la competencia pero que no alentaban la privatización, el ministro seguía siendo la autoridad normativa (véase, con respecto a las telecomunicaciones, la Ley de 2 de julio de 1990, y con respecto a los ferrocarriles, el Decreto de 9 de mayo de 1995).

79. De esta breve comparación entre Francia y el Reino Unido se desprende que, ya se prefiera una u otra solución, es preciso asegurar la obligación de rendir cuentas. Si se considera que una actividad dada es servicio público, el gobierno será responsable de ella y, en consecuencia, deberá mantener bajo su control la reglamentación correspondiente.

80. La situación es muy diferente si, después de la privatización, ya no se considera que la compañía está a cargo de un servicio público, sino que sencillamente realiza una actividad comercial sujeta a las leyes del mercado y a la observancia del orden público económico que impone, principalmente, la ley de la competencia. En tal caso no se necesita ningún organismo de reglamentación, salvo en lo tocante a cuestiones de orden público. Hoy día existen en muchos países organismos o comisiones independientes que se ocupan de la competencia y las consolidaciones, de la bolsa de valores, o incluso de los programas de televisión. También en este caso puede encontrarse un ejemplo idóneo en el Reino Unido, después de la privatización de British Airways: la Dirección de Aviación Civil es responsable de la seguridad, de los servicios aéreos, pero no de su reglamentación, ya que se realizan sobre una base puramente comercial.

81. En resumen, cabe llegar a la conclusión de que los servicios públicos, ya sean administrados por una entidad privada o pública, deben prestarse en un régimen de responsabilidad pública. El gobierno será siempre responsable del servicio prestado porque se trata de una cuestión de política y de objetivos públicos; por tanto, no puede ceder todo el control a una comisión o un organismo independiente. La cuestión consiste en determinar si una actividad dada, privatizada recientemente, ha de considerarse servicio público, y qué facultades, si no todas, ha de conservar el gobierno. No hay otra forma de mantener la necesidad de exigir responsabilidades. Por otra parte, en realidad los organismos o las comisiones independientes pueden ser buenos sustitutos de la administración ministerial si se crean en esferas o para fines relacionados con el orden público, respecto de cuestiones generales o concretas, con la obligación de adoptar decisiones cuasijurídicas, por ejemplo, luego de un juicio

disputado y abierto, y por esta razón resulta necesario protegerlos de la política: existen buenos ejemplos de esto en la ley de la competencia y la televisión de Francia, al igual que en la ley de protección de datos del Reino Unido y en la Comisión de Igualdad Racial e Igualdad de Oportunidades del Reino Unido. En estos casos las comisiones de que se trata no persiguen ningún objetivo político público sustancial, sino solamente el cumplimiento de la ley.

82. Esta distinción puede servir de ayuda a los países en desarrollo que enfrentan problemas similares en la organización de su administración pública, a fin de determinar qué tareas deben permanecer en manos de los departamentos ministeriales y cuáles conviene transferir en una comisión u organismo independiente.

83. No obstante, muchos países en desarrollo y también los países que se encuentran en transición enfrentarán un problema crucial, a saber, tendrán que recurrir a compañías extranjeras para la prestación de diversos servicios, pero sufrirán los efectos del desequilibrio entre ellos y sus asociados en cuanto a poder financiero, conocimientos especializados y oportunidades. No cabe duda de que, para rectificar esta situación, la transparencia promovería la equidad. Aparte de esta recomendación, podrían adoptarse algunas medidas para garantizar la equidad en el arreglo de las controversias mediante la prestación de asistencia internacional de las Naciones Unidas a los tribunales de los Estados que la solicitaran. Por otra parte, la convención de Washington relativa al arreglo de controversias entre un Estado y una entidad jurídica extranjera en materia de inversiones, de 18 de marzo de 1965, podría ampliarse para que abarcara contratos relativos a la explotación de servicios. También podría proponerse la creación de otro tribunal de arbitraje dentro del sistema de las Naciones Unidas para que conociera de las disputas relativas a contratos o licencias de explotación de servicios u obras.

#### E. La ley y el gobierno

84. El concepto de gobierno se ha formulado, en primer lugar, como instrumento de análisis, con la intención de describir las diversas fuerzas o agentes sociales participantes en las interacciones de gobierno que funcionan en una sociedad dada; constituye, a la vez, el resultado de un proceso social y el medio por el cual los agentes pueden actuar en el régimen de gobierno para alcanzar sus objetivos propios. A diferencia del concepto de gobierno, el concepto de gobernabilidad se aplica al equilibrio que existe entre las necesidades de gobierno y las correspondientes capacidades. Ahora bien, de este último aspecto puede derivarse una interpretación normativa de gobierno: ¿qué régimen de gobierno se desea y para qué fines? Después habrá que reformar el sistema jurídico para promover ese régimen de gobierno deseado. El enfoque de gobierno de la administración pública debería traducirse en una mayor capacidad de respuesta.

85. Habría que utilizar términos muy amplios para describir lo que se necesita para adaptar el marco jurídico de la administración pública a las necesidades de un régimen de gobierno deseado. Puede resumirse en tres palabras: información, participación y contratos. Las dos primeras direcciones se han expuesto supra (párrs. 63 a 68). Por tanto, ahora se hará hincapié en los contratos. Ahora bien, para evitar todo malentendido, hay que recalcar que no se prevé ni se

espera que el marco jurídico esté basado en contratos y no en leyes. Por el contrario, la administración pública está subordinada a la constitución y a leyes estatutarias; aquí el papel de los contratos se considera exclusivamente en relación con la formulación y ejecución de políticas. La base de la administración pública todavía es y debe seguir siendo la formulación de normas y la adopción de decisiones; la participación de ciudadanos o de grupos ha de asegurarse en el marco del mecanismo de formulación de normas o de adopción de decisiones.

86. Dentro de este marco, se pueden utilizar contratos en dos tipos de relación: las relaciones intergubernamentales y las asociaciones con agentes sociales participantes en políticas públicas.

87. El desarrollo de las relaciones intergubernamentales es una de las características más comunes del gobierno moderno. Ha dado lugar a novedades jurídicas en diversos países de tradiciones muy diferentes, como Bélgica, Francia, Italia, los Países Bajos, España, Suiza y el Reino Unido. Durante el último decenio se han introducido en estos países pactos o contratos destinados a reglamentar las relaciones entre las autoridades públicas y entre los distintos niveles de gobierno; en el Reino Unido no existen contratos, sino procedimientos de licitación de proyectos relativos a política urbana, que también es una esfera privilegiada de experiencias para la elaboración de instrumentos de esta índole en varios de los países citados. Se utilizan pactos o contratos para la armonización de las políticas, la formulación de políticas cooperativas y la planificación de inversiones conjuntas. No siempre resultan claras la naturaleza jurídica y la fuerza jurídica reales de estos instrumentos, pero en ocasiones se ha estipulado por ley su naturaleza de contratos de fuerza jurídica obligatoria (en Francia, en los casos más importantes, y en Italia). El valor principal del contrato radica en la negociación que precede a la firma, la cual proporciona un contexto para la elaboración conjunta de políticas y medidas para el futuro cercano. Uno de los principales incentivos del cumplimiento es el interés recíproco en confiar en las medidas que han de adoptar los asociados.

88. También se pueden utilizar contratos para establecer asociaciones con los diversos agentes que participan en las políticas públicas. Esto es evidente y ya constituye una práctica generalizada en lo que concierne a asociaciones del sector público y el sector privado para la ejecución de proyectos de desarrollo o infraestructura. Luego de la experiencia de Francia, el Banco Mundial ha recomendado la formulación de convenios de planificación para definir nuevas relaciones entre los gobiernos y las empresas públicas, en un intento de reconciliar la autonomía administrativa y el control gubernamental. También se pueden establecer asociaciones mediante acuerdos con el sector social, las comunidades locales o las organizaciones no gubernamentales.

89. Aunque podría calificarse a estos instrumentos de legislación débil, también pertenecen al sistema jurídico, pese a que rara vez se buscan soluciones judiciales en caso de violación de un contrato. No obstante, puesto que la función de gobernar se basa en procesos e interacciones sociales, no se le puede aprisionar con demasiadas normas rígidas e inflexibles sino que, por el contrario, es deber del gobierno indicar la dirección correcta y crear los instrumentos necesarios para organizar y aprovechar esos procesos e interacciones.

### III. VÍAS PARA EL CAMBIO

90. Para alcanzar resultados en las direcciones propuestas, se pueden enunciar cuatro vías que, sin embargo, son muy interdependientes: a) codificación; b) reforma legislativa; c) información y habilitación jurídicas; y d) apoyo internacional.

#### A. Codificación

91. Una de las condiciones básicas para la eficacia del marco jurídico normativo de la administración pública es que la ley sea del conocimiento de quienes necesitan reclamar su observancia. Puesto que la ley no admite mucha simplificación, la codificación sigue siendo la mejor manera de esclarecer las leyes vigentes y ponerlas más al alcance de los ciudadanos.

92. Conforme a la experiencia actual, no cabe duda de que es preferible separar la codificación de la reforma legislativa. En el pasado, ambas eran las dos caras de la misma moneda; hoy en día, en algunos países (Alemania es un ejemplo excelente) se sigue considerando que la codificación es la vía para llegar a la reforma legislativa en gran escala. En Francia, la Comisión Superior de Codificación, que está presidida por el Primer Ministro, se ocupa de las actividades en esta esfera, y desde 1987 el Gobierno ha decidido proceder a la codificación de todas las leyes francesas. La codificación no es una reforma legislativa; consiste en sustituir el volumen de leyes estatutarias dispersas que conciernen a determinada rama jurídica por una colección única y ordenada de normas que se atienen a una clasificación lógica. La meta que se persigue es facilitar tanto el acceso a la ley como su actualización cuando se introducen enmiendas. La concepción francesa de legislación, que de hecho es común a la mayoría de los países del continente europeo, resulta apropiada para esta labor porque se basa en una lógica deductiva de la ley en la cual se comienza por enunciar los principios generales.

93. Paradójicamente, nunca ha llegado a codificar el procedimiento administrativo. Ello obedece a que dicho procedimiento se basa en la jurisprudencia, y por tanto la codificación sería en realidad una reforma legislativa y no una codificación en el sentido que aquí se le atribuye. No obstante, se ha codificado o se va a codificar el procedimiento administrativo en algunas ramas legislativas concretas, por ejemplo, el Código de Planificación Urbana, o el Código del Medio Ambiente, que se encuentra en proceso de elaboración.

94. La separación de la codificación y la reforma judicial permite lograr, en un plazo relativamente corto, una notable aclaración de la ley en las esferas de que se trate.

#### B. Reforma legislativa

95. La reforma legislativa consiste en cambiar el fondo de la ley y no sólo su presentación. Cuando abarca una rama legislativa completa, también constituye un proceso muy delicado desde el punto de vista político y dilatado. En el Reino Unido, la Comisión Legislativa es un órgano independiente encargado de

realizar evaluaciones de los distintos capítulos de la legislación británica y proponer cambios. La legislación administrativa ha sido objeto de una de esas evaluaciones. En Alemania, donde el Gobierno ha iniciado una codificación, la primera etapa consiste en una labor científica, una especie de verificación de las leyes vigentes orientada a la modernización; el código introducirá una legislación nueva. Se necesitarán en total unos 20 años de trabajo y de procedimiento para terminar el futuro Código del Medio Ambiente.

96. Con todo, es posible alcanzar resultados mediante cambios jurídicos progresivos. Las grandes reformas pueden toparse con oposición y no materializarse nunca, mientras que los cambios pequeños pueden modificar profundamente las prácticas siempre que se hayan determinado bien las disposiciones cruciales. Así pues, la parte analítica del proceso de reforma es muy importante; ayudará a determinar qué cambios se necesitan para lograr los resultados más efectivos. También es importante distinguir entre lo que ha de estipularse y hacerse cumplir en todo el país y lo que se podrá dejar a la reglamentación local de acuerdo con las condiciones locales. En los países en desarrollo esto podría revestir particular importancia debido a la desigualdad entre las ciudades, sobre todo las grandes zonas metropolitanas y las zonas rurales. El problema de la relación entre la administración pública y la población debe enfocarse de diferente manera en las zonas rurales y las zonas urbanas.

### C. Información y habilitación jurídicas

97. Si el gobierno del país está realmente dispuesto a desarrollar la administración pública sobre la base del buen gobierno y la comunicación, deberá dar un alcance popular a las normas y los procedimientos jurídicos que se establezcan a ese fin; es poco probable que ocurran cambios si no hay una demanda de los ciudadanos. Las leyes de reforma deberían incluir disposiciones en que el Gobierno se comprometiera a presentar al Parlamento, al Presidente o a ambos, información jurídica destinada al público. Es menester que las organizaciones no gubernamentales participen y reciban apoyo para sus aportes a esas campañas.

98. En los países en desarrollo, aún más que en los países industrializados, los derechos que se confieren a las personas no deben considerarse por separado de la acción colectiva. No sólo por tradición, cuya base es generalmente comunitaria, sino también debido a condiciones sociales y culturales (posiblemente exista un elevado porcentaje de analfabetos, sobre todo entre las mujeres jóvenes, y carencia económica), la mayor parte de la población sencillamente no están en condiciones de gozar de sus derechos. En consecuencia, cabe sugerir que se permita a las organizaciones no gubernamentales y a las comunidades que asistan o representen a sus miembros, o a quienes les confirieron su mandato, en los procedimientos administrativos. Se debería proporcionar apoyo financiero a las organizaciones no gubernamentales y las comunidades para que cumplieran esta función y, de ser necesario, para contratar a un abogado; asimismo, la ley debería facultarlas para interponer apelaciones ante la más alta autoridad, o ante los tribunales, según el caso, contra las decisiones o fallos administrativos siempre que sus intereses estatutarios se vieran afectados directa o indirectamente. Es necesario dotar a

esas organizaciones de un amplio locus standi para que puedan ejercer sus derechos; también de esta manera se ayudará a evitar disputas.

99. Por último, el desarrollo del marco jurídico y normativo de la administración pública requiere cambios en la cultura jurídica y administrativa de la elite. En realidad, las situaciones son muy diversas; algunos países han heredado una tradición administrativa basada en el derecho, y otros tienen una tradición administrativa conforme a la cual la ley es sólo un instrumento reservado a los especialistas. No obstante, todos los funcionarios deben educarse o formarse en una cultura de derechos y no en una cultura de leyes. En lo que respecta a la administración pública, el principio de la legalidad no debe ser una cuestión de autoridad sino una cuestión de derechos.

100. Es posible influir en el desarrollo de la cultura administrativa mediante nuevos programas de exámenes por oposición para la contratación de funcionarios públicos a diferentes niveles; el establecimiento de la obligación de prestar servicios en diferentes puestos durante diversas etapas de la carrera a fin de obtener experiencia sobre las relaciones con el público (resulta más fácil imponer esta obligación en un sistema de carrera) antes de obtener el ascenso a puestos superiores; y mediante el cambio de los criterios que rigen la evaluación del personal. Estos métodos se han introducido ya en algunos países y es necesario evaluar sus resultados.

#### D. Apoyo a nivel internacional

101. El apoyo que las Naciones Unidas podrían prestar a nivel internacional debería aprovechar los resultados que otras subdivisiones del sistema de las Naciones Unidas han obtenido al elaborar sus propios programas. Ese apoyo se debería orientar hacia la asistencia y la formulación de nuevos principios en la esfera del derecho internacional y la prestación de asistencia a la integración regional.

#### Aprovechamiento de otras experiencias de organizaciones de las Naciones Unidas en la esfera de la administración pública

102. Durante el último decenio, el Banco Mundial ha intervenido muy activamente, en las reformas exigidas por los programas de ajuste estructural en muchos países en desarrollo. Se prestó atención a los efectos de esos programas en la gestión del personal, más que al marco jurídico de la administración pública. Desde un punto de vista más amplio, los cambios en la organización deberían tener consecuencias en la reglamentación jurídica de la administración pública. Probablemente se encontraría información útil en los programas del Banco Mundial si éstos se analizaran con el propósito de evaluar el marco jurídico existente y las consecuencias de esos programas.

103. Las Naciones Unidas podrían recurrir también a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual ha aprobado varias recomendaciones y convenciones sobre los derechos de los funcionarios de la administración pública, y a la UNESCO, que ha ejecutado un programa para aplicar un criterio comunicativo a la administración pública teniendo en cuenta el contexto sociocultural.

Asistencia para realizar reformas

104. Las Naciones Unidas podrían prestar asistencia a los países dispuestos a reformar el marco jurídico de la administración pública, mediante programas que tuvieran por objeto:

a) La codificación: en su significado francés, es decir, con miras a facilitar el acceso a la ley;

b) La reforma de la ley: cada programa concreto de reformas es, desde luego, característico del país de que se trate, pero se deberían incluir en el programa las mejoras en materia de información (el derecho a tener acceso a ella y el deber de proporcionarla), la codificación del procedimiento administrativo (al menos en parte), incluidas las disposiciones relativas a la participación de los ciudadanos y las consultas celebradas con éstos, así como los remedios legales y los derechos jurídicos de las organizaciones no gubernamentales y de las comunidades en los procedimientos administrativos. El apoyo de las Naciones Unidas debería abarcar el análisis de las normas en vigor, así como la determinación de los aspectos que se han de reformar con carácter prioritario;

c) La coordinación de los programas de apoyo para el establecimiento del marco jurídico de la administración pública, con programas orientados hacia la elaboración de un criterio de gobierno, a fin de propiciar la creación de instituciones y la formulación de métodos que refuercen ese criterio;

d) La información en materia jurídica y el apoyo a los programas de información en materia jurídica ejecutados por organizaciones no gubernamentales;

e) La formación de funcionarios públicos de categoría superior con el objeto de que se tengan más en cuenta los derechos al tomar medidas administrativas y la prestación de asistencia en la reforma de la gestión del personal.

Nuevos principios del derecho internacional relativo a la administración pública

105. Mediante recomendaciones o convenios internacionales, las Naciones Unidas pueden promover el establecimiento de un marco jurídico de la administración pública. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dispone el acceso equitativo a la administración pública y en ciertos documentos de la OIT se garantizan los derechos de los funcionarios públicos. La Asamblea General de las Naciones Unidas podría también promover medios de garantizar los derechos de los ciudadanos en lo que respecta a la administración pública.

106. Se podrían enunciar los siguientes principios:

a) El derecho a ser oído con las debidas garantías antes de que se adopte cualquier decisión que tenga que ver con los derechos de la persona;

b) El derecho a participar en el procedimiento administrativo sobre la base del locus standi, ampliamente definido;

- c) El examen judicial de las decisiones administrativas;
- d) El derecho a conocer los documentos oficiales, con sujeción a las condiciones y excepciones previstas en la ley;
- e) La obligación de proporcionar información pertinente a los ciudadanos;
- f) La responsabilidad de la administración pública en los casos en que sus actividades causen perjuicio.

107. Al establecer los fundamentos del documento, se debería hacer hincapié en que es necesario aplicar esos derechos para modificar las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos, ya que ello es necesario para promover un nuevo modelo de administración pública para el desarrollo. Ese apoyo se podría prestar mediante una resolución de la Asamblea General o mediante el pacto complementario propuesto sobre derechos humanos.

#### Integración regional

108. A juzgar por la experiencia obtenida mediante la Convención europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, la integración regional puede contribuir a que se realicen progresos en el respeto de las leyes por la administración pública. A ese nivel, la aceptación de la generalización de algunos principios fundamentales relativos a la administración pública y, finalmente, el examen judicial de determinados asuntos o casos por un tribunal internacional constituido en virtud de un tratado, pueden resultar más fáciles para los gobiernos de Estados que comparten los mismos valores culturales y que encaran problemas análogos en materia de economía y desarrollo. Las Naciones Unidas podrían prestar asistencia a las organizaciones regionales existentes en la tarea de concebir esas disposiciones e instituciones.

#### IV. CONCLUSIÓN. LA PERSPECTIVA DEL SIGLO XXI

109. Al final del siglo XX surgió cierto escepticismo respecto del Estado como entidad política y como vehículo para prestar servicios a la población. Se estimó que el mercado era el mejor medio de establecer si una actividad determinada era necesaria y de imponer la eficacia en materia de gestión. El siglo XXI será testigo, probablemente, de un resurgimiento de la confianza en el Estado, ya que éste ha demostrado ser necesario para el desempeño de las funciones de solidaridad y para posibilitar el ejercicio del poder político.

110. La experiencia ha revelado nuevas deficiencias del mercado, y no sólo se ha descubierto que los agentes económicos del mercado no pueden desempeñar las funciones de solidaridad, sino que en muchas actividades se sacrificará la dimensión de la solidaridad si esas actividades se rigen únicamente por el mercado. El sector público, o la reglamentación por el Estado, hacen posible que esa dimensión de la solidaridad se conserve cuando es necesaria. Una de las funciones fundamentales del Estado sigue siendo la de determinar si una determinada actividad económica ha de considerarse un servicio público.

111. El Estado es también la expresión institucional y jurídica de todo el organismo político y las atribuciones políticas se deben conferir a las

instituciones del Estado. Ello posibilita que el organismo político exprese su voluntad, y la democracia política no puede existir sin un organismo político que sea capaz de expresar sus preferencias colectivas respecto de ciertas cuestiones básicas. Pero no puede existir organismo político alguno, o sólo puede existir un organismo político rudimentario, en una sociedad en que no se cumplan las funciones de solidaridad. El vínculo social y el respeto de las instituciones se desvanecen cuando las personas no pueden constatar las ventajas que les ofrece la sociedad a la cual pertenecen.

112. En los Estados modernos, la solidaridad constituye el aspecto fundamental de las funciones de la administración pública. Por consiguiente, no cabe esperar que la administración pública entre en decadencia. Sin embargo, el Estado y la administración pública del siglo XXI serán diferentes de los que existen a fines del siglo XX. Las características autoritarias heredadas de la época colonial o de las ideologías para el desarrollo obsoletas se irán esfumando. El Estado tendrá que ser imparcial, eficaz, transparente y más sensible, y deberá estar más cerca del pueblo. La esencia de la administración pública debe cambiar en consonancia con las expectativas de la sociedad y, por consiguiente, deben cambiar también su organización y sus normas. Se deben suprimir las funciones que se han vuelto obsoletas y las instituciones que estaban encargadas de desempeñar esas funciones. La principal dificultad radicará entonces en determinar, en cada caso, cuáles son las funciones de solidaridad que se deben preservar y cuáles se deberán abandonar. El organismo político tendrá la tarea de expresar esa determinación por conducto de las instituciones del Estado.

REFERENCIAS

Caillose, J. (1993), "Le manager entre dénégation et dramatisation du droit", Politique et Management Public, No. 4.

Duran, P. (1993), "Piloter l'action publique avec ou sans le droit?", Politique et Management Public, No. 4.

Rose, R., Understanding big government. The programme approach, ECP, Sage, Londres, Berly Hills/Nueva Delhi, 1985, págs. 182 y siguientes.

Chevallier, J. (1993), "La juridicisation des préceptes managériaux", Politique et Management Public, No. 4.

A modo de ejemplo, véase: Mescheriakoff, A.-S. (1982), Le droit administratif ivoirien, Economica, París.

Véase: Perdomo, J.V. (1994), Derecho administrativo, Ed. Temis, Bogotá, 10ª publ. Otros ejemplos: Brewer-Carrias, A.R. (1975), Derecho administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2 vol.; Escola, H.J. (1984), Compendio de derecho administrativo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2 vol.

Riggs, F. (1964), Administration in developing countries: the theory of prismatic society, Boston; (1973), Prismatic society revisited, Morristown.

En relación con una aplicación correcta de este criterio a los países africanos de habla francesa, véase Mescheriakoff, A.-S. (1987), "L'ordre patrimonial: essai d'interprétation du fonctionnement et l'administration en Afrique francophone subsaharienne", Revue française d'Administration publique, No. 42, abril-junio, págs. 121 a 150.

Rouland, N. (1989), "Les droits mixtes et les théories du pluralisme juridique", págs. 42 y 44, en: La formation du droit national dans les pays de droit mixte, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence.

Véase: Breton, J.-P. (1990), Droit de la fonction publique des États d'Afrique francophone, Colección de manuales destinados a las universidades de habla francesa EDICEF/AUPELF, en particular la cuarta parte, que es crítica y pesimista.

Schwarze, J. (1988), Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, Nomos, Baden-Baden, 2 vol.

Marcou, G. (ed.) (1995), Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences, L'Harmattan, París (en proceso de publicación).

Véase, por ejemplo, la aplicación amplia de esta directriz normativa en México, en: L'administration publique au Mexique de nos jours, Secretaría de la Contraloría General de la Federación, México, 1993.

Sobre este aspecto, con inclusión de comparaciones a nivel internacional, véase: Institut Français de Sciences Administratives (1988), Les déréglementations. Étude comparative, Economica, París, en particular Chevallier, J., "Les politiques de déréglementation", págs. 11 a 46.

El caso del Reino Unido es bastante ilustrativo, véase: McEldowney, J.F. (1994), Public Law, Sweet & Maxwell, Londres, en particular las págs. 402 a 407.

La lista de países aquí mencionados no es exhaustiva, pero las reformas realizadas recientemente en este sentido por esos países se consideran ejemplares.

Véase: Cottier, B. (1985), "Les 'Independent Agencies' américaines: un modèle pour l'administration polycentrique de demain?", Revue internationale des Sciences administratives, No. 2, págs. 143 a 165; Moderne F. (1988), "Les modèles étrangers: étude comparée", págs. 186 a 222 en: Colliard, C.-A./Timsit, G. (ed.), Les autorités administratives indépendantes, PUF, París.

Existe una amplia bibliografía sobre este tema. Respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos, véase, en particular: Labayle, H. (1992), "Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme", Revue française de Droit administratif, vol. 8, No. 3, págs. 510 a 532; respecto de la ley de la Comunidad Europea, véase: Debouy, Chr. (1992), "Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français", La Semaine juridique (JCP), Ed. G., No. 42, págs. 437 a 445.

Huynh Cao Trí (1986), "L'approche socio-culturelle, communicative et participative de l'administration publique", pág. 11 en: Huynh Cao Trí (ed.), Administration participative et développement endogène, Institut International des Sciences Administratives/UNESCO, Bruselas.

Ben Achour, Y. (1992), Politique, religion et droit dans le monde arabe, Cérès Productions, CERP, Túnez, págs. 112 y 115.

Ibíd., págs. 116 a 121 y 130.

Ibíd., pág. 144.

Ibíd., págs. 145 a 146.

Ministro de Justicia, citado por Ben Achour-Derouiche, S. (1990), "La genèse du contentieux administratif tunisien", pág. 22 en: Belaïd, S. (ed.), L'oeuvre jurisprudentielle du tribunal administratif tunisien, CERP, Túnez.

Gallouédec-Genuys, F. (ed.) (1981), Le dialogue écrit administration - administrés, La Documentation Française, París, en particular las págs. 54 a 57.

Véanse los documentos editados por Huynh Cao Trí, op. cit.

Ould Daddah, T. (1986), "Rapprochement entre l'administration publique et les populations: problèmes et méthodes dans les contextes socio-culturels de l'Afrique", en particular las págs. 116 a 117 en: Huynh Cao Trí (ed.).

Wiener, C. (1975), Vers une codification de la procédure administrative, PUF, París.

Véase: Legrand, A./Marcou G./Wennergren, B. (1985), "Ombudsmans et prokuratures", págs. 99 a 147 en: Institut de Recherches Juridiques Comparatives (C.N.R.S.), Le contrôle de l'administration en Europe de l'est et de l'ouest, Éditions du C.N.R.S., París.

Gazier, F. (1972), La fonction publique dans le monde, Institut International d'Administration Publique, Cujas, París.

McEldowney, J.F., Public Law, op. cit., págs. 385 y siguientes.

Kooiman, J. (1993), "Findings, speculations, recommandations", págs. 258 a 259 en: Kooiman, J. (ed.), Modern governance. New government - society interactions, Sage, Londres/Newbuty Park/Nueva Delhi.

En relación con el concepto propuesto de "régimen de gobierno", véase: "Metropolitan governance: patterns and leadership", documento de antecedentes I, preparado para la reunión interregional de alto nivel de las Naciones Unidas sobre la función de gobierno en áreas metropolitanas, Quito (Ecuador), 18 a 20 de abril de 1995, pág. 3.

Se está llevando a cabo un amplio estudio comparativo sobre este tema en relación con Francia, Bélgica, el Reino Unido, los Países Bajos e Italia bajo la dirección del Profesor G. Marcou, del Centre de Recherches Administratives, Politiques et Sociales, como parte de un programa amplio sobre políticas y contratos urbanos ejecutado por el PIR-Villes (C.N.R.S.). Publicación prevista para fines de 1995 o principios de 1996.

Eso es cierto tanto en países industrializados como en países en desarrollo: la jurisprudencia tradicional islámica no es más "simple" que los códigos modernos.

Eso se practica también en Francia a veces: por ejemplo, el nuevo código penal, que sustituye al Código Napoleónico (muy enmendado), se puede comparar con ese proceso.

-----