

## La eficiencia administrativa y su control

Hernán CELORRIO\*

REDAV, N° 27, 2023, pp. 9-29

**Resumen:** El artículo aborda la importancia de la eficiencia como uno de los principios que deben regir a la actividad administrativa, a fin de que la Administración cumpla con las funciones que le asigna la sociedad democrática; especialmente en cuanto a la salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales.

**Palabras clave:** Buena administración – Democracia – Eficiencia.

**Abstract:** *The article addresses the importance of efficiency as one of the principles that must govern administrative activity, so that the Administration fulfills the functions assigned to it by democratic society; especially regarding the safeguarding of economic, social and cultural rights.*

**Keywords:** *Good administration – Democracy – Efficiency.*

Recibido

20-06-2024

Aceptado

12-07-2024

### I. Proyección jurídica de la eficiencia

#### 1. Vigencia actual

La nota de eficiencia<sup>1</sup> no ha sido objeto de especial interés en la doctrina administrativista tradicional, la cual ha dedicado su celo máximo a la profundización de los aspectos que hacen a la legitimidad del accionar público y con particular énfasis en la interdicción de arbitrariedad en los procedimientos de la Administración. Dicho enfoque ha constituido un camino virtuoso en cuanto fuere atinente al debido resguardo de los

\* Abogado especialista en Derecho Administrativo y aduanero, Derecho Minero y Regímenes de la Inversión Minera, Recursos Naturales e Inversiones Extranjeras. Desde 1997 es Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Derecho Administrativo Económico, Universidad del Museo Social Argentino y Profesor Adjunto Ordinario de la Cátedra de Derecho Administrativo, Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Sin desconocer las diferencias conceptuales que en estricta apreciación terminológica corresponde establecer entre “eficacia” y “eficiencia”, se ha optado por una caracterización global bajo el segundo concepto, en función de lo acotado de esta presentación que impide discriminaciones certeras entre las mismas y por cuanto el planteo básico a desarrollar apunta a la correlación entre Administración Activa, gestión eficiente, control administrativo y Buena Administración como criterios sustantivos y ello no torna indispensable la precisión terminológica antedicha. En líneas generales, el concepto de eficacia apunta a la capacidad de lograr el efecto deseado o prescripto, y la eficiencia a la capacidad de hacerlo optimizando recursos; pero las normativas vigentes constitucionales, legales y reglamentarias carecen de competencia al respecto.

derechos individuales ante el ejercicio indebido de prerrogativas públicas, pero a la vez denota insuficiencia cuando la magnitud de los cometidos estatales involucrados en la extensa difusión de derechos fundamentales inserta en las perspectivas neo constitucionalistas exige compromisos de actuación pública a ser operados en condiciones ordinarias de eficiencia administrativa.

Tradicionalmente no constituía equívoco sustancial descartar mayores referencias a las consideraciones de eficiencia en cuanto la connotación jurídica se limitaba a parámetros de legalidad, evaluables con mayor o menor espectro y dimensión, en tanto que lo atinente a las modalidades operativas, tales como los propios de Ciencias de la Administración, o bien de elaboración de políticas públicas resultaban postergadas. Sin embargo al presente la nota de eficiencia ha sido plenamente incorporada al espectro normativo, y más aún en varios sistemas, con rango constitucional, extremo que obliga, sin dudas, a actualizar aquellas premisas tradicionales, asimilando a condiciones de legitimidad los términos de eficiencia, sin perjuicio de admitir las notorias diferencias que hacen a su sustantividad y naturaleza, y sin desconocer la evolución histórica que condujo a su consagración y reconocimiento constitucional.

En tal sentido, recordaba DESCALZO GONZÁLEZ<sup>2</sup> que:

...la eficacia requerida en toda actuación administrativa de la Administración Pública constituye un verdadero principio jurídico del que no obstante su carácter ciertamente genérico o indeterminado cabe extraer de manera resuelta, muy claras consecuencias en orden a la entera organización y actividad de la misma.

Planteada y reconocida la formal juridización del concepto de eficiencia, resulta evidente, dada su notoria gravitación, que el control de la actividad administrativa, preventivo o ulterior, plenamente aceptado en notas de legitimidad, debe también contemplar, con perspectivas, diversas acordes con el objeto de la fiscalización. Tal contralor operará con pautas muy diferenciadas de las que habitualmente entendemos connaturales a las propias de legitimidad, lo cual no implica desconocer la gravitante relevancia de la condición de eficiencia. En efecto, debido a la ya apuntada proficua extensión de los cometidos estatales, las condiciones presupuestarias han adquirido muy particular énfasis prioritario, y a nadie escapa la muy directa vinculación entre un proceder eficiente y la calidad de la erogación fiscal involucrada.

La evaluación de la eficiencia supone técnicas muy diversas de aquellas utilizables en el contralor de la legitimidad, más aún cuando se comprende en su real proyección la vinculación sustancial entre la

---

<sup>2</sup> Antonio Descalzo Gonzales, "Eficacia administrativa", *Economía* N° 2, 2012, pp. 145-156.

eficiencia y la concreción del interés general involucrado dado que este por definición supone compleja composición dado la heterogeneidad de los intereses públicos, y consecuentemente, supone también visiones integrales y excluye análisis estancos, en dinámica muy diversa a las propias de la revisión de legitimidad.

Lo expuesto no implica en modo alguno que la condición de eficiencia deba excluir o limitar los alcances de las condiciones ordinarias de legitimidad. Lejos de ello, la acción eficaz debe comprenderse en los carriles ordinarios de la juridicidad plena de la cual es parte constitutiva, entendiendo también que la ley no puede por definición y condicionamiento constitucional exigir comportamientos que tornen impracticable una actuación eficaz. Se trata pues de un abordaje conceptual integral con aptitud hermenéutica amplia enmarcada en los Principios Generales de Derecho Público.

La complementación entre las condiciones de legitimidad y eficiencia es hoy definitoria y hace a la esencia de la actividad pública, por cuanto se estructura en función de una doble finalidad: la interdicción de arbitrariedad y la eficacia de la acción administrativa, y como puntualizara VAQUER CABALLERÍA<sup>3</sup>, *“el ordenamiento jurídico no solo goza de validez y eficiencia formal, sino que persigue tener eficacia material efectividad y eficiencia”*, utilizando la terminología más amplia para precisar el concepto propio de accionar eficiente.

Las aseveraciones precedentes, de notoria evidencia, en cuanto precisan la ineluctable necesidad de una adecuada composición de legitimidad y eficacia, no han sido, sin embargo, tradicionalmente así comprendidas, a punto tal que en varias ocasiones han sido planteadas en condiciones antagónicas. Es del caso referenciar la acotación de NIETO<sup>4</sup> quien señalara que muchas veces la Administración desquicia su funcionamiento en las vías del Derecho. Las prescripciones constitucionales vigentes revitalizan la juridicidad ínsita en la concepción de eficacia administrativa y por ende sería absurdo desconocer la exigibilidad de su contralor interno, más allá de eventuales revisiones judiciales que plantean disquisiciones jurídicas más complejas.

Así la operativa del contralor de eficiencia deberá contemplar esencialmente factores propios de los regímenes de Políticas Públicas y de Ciencias de la Administración, a diferencia del control de legitimidad, que ha de mantenerse en sus vías tradicionales, pero sustancialmente deberá instrumentarse en el marco de una visión integral de los

---

<sup>3</sup> Marcos Vaquer Caballería, “El criterio de la eficacia en el Derecho Administrativo”, *RAP* N° 186, 2011, pp. 91-135.

<sup>4</sup> Alejandro Nieto, *La nueva organización del desgobierno*, Ed. Ariel, 2003, Cap. I, pág. 21-42.

intereses generales a cuya consecución se proyecta la acción administrativa evaluada.

## 2. Aspectos básicos

La consagración constitucional amplia del Estado Social de Derecho acarrea un replanteo sustancial de las consideraciones jurídicas tradicionales aplicables a la gestión pública. En efecto dicha definición constitucional trae aparejadas proyecciones relevantes de activismo estatal, y en especial de dinámica regulatoria, inconcebibles en épocas en las cuales la retracción de la acción estatal se constituía en piedra basal y más aún si se evalúa paralelamente la interacción de los sectores públicos y privados en lugar de la caracterización antagónica anterior.

Consecuente a esa ampliación de la órbita de acción directa estatal, corolario de la expansión de los cometidos estatales y de la exigibilidad directa de una extensa gama de derechos fundamentales, surge gravitante la obligación de un desempeño eficiente en consonancia con las pautas razonablemente exigibles para la consecución de tales objetivos y con adecuado encuadre en las condiciones presupuestarias arbitradas. En tal contexto, el recaudo de eficiencia es equiparable al requerimiento de legalidad<sup>5</sup> pero dada su naturaleza y sus modalidades no caben a su respecto rígidas posiciones de responsabilidad estatal, de plena aplicabilidad en cuanto a legitimidad forma atañe.

La exigencia de eficiencia debe ser evaluada en parámetros de apreciación integral de la actividad y por ende, no es adaptable a los criterios ordinarios de contralor de legitimidad formal, en las cuales la referencia analítica excluye la visión integral, todo ello por cuanto el objeto último de la estimación es la realización del interés general. Estas dificultades también se agigantan en cuanto las pautas propias, constituidas por los criterios reconocidos en Ciencias de la Administración son de aplicación relativa, dado que mucho difieren los *targets* de la empresa privada y las finalidades propias de los entes públicos, además de las limitantes propias de los esquemas procedimentales públicos.

Se ha señalado con acierto que la ampliación constitucional de los derechos fundamentales ha forzado a un activismo estatal con significativos recaudos eficientistas pero abundando en tal conceptos se visualiza como factor determinante el reconocimiento constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que se constituyen en el centro inequívoco de tal activismo, por su exigibilidad.

---

<sup>5</sup> Recuerda VAQUER CABALLERÍA que la eficacia es un concepto final y la eficiencia una noción modal, y como principio jurídico la eficacia es un mandato de optimización mientras que la eficiencia es un conjunto complejo y tecnificado de criterios para dicha optimización. Las nociones de eficacia y eficiencia de la Administración son diferentes pero inescindibles pues la eficacia global pasa por la eficiencia (ob. cit. p. 103).

En efecto, la tendencia tradicional de limitar la prescripción constitucional de los DESC a una condición programática ha sido superada a través de una firme evolución internacional y asimismo en función de la doctrina a favor de plena normatividad intrínseca inherente a toda disposición constitucional.

Lo expuesto no inhibe la debilitación operativa de los DESC, en los supuestos en que el mismo texto constitucional condiciona su vigencia a una definición legislativa previa, no implicando desmedro a su operatividad natural, sino condición constitucional de implementación<sup>6</sup>; siendo del caso poner de relieve que la afirmación de operatividad del derecho, no supone de por sí la efectividad de su tutela judicial, en una visión pragmática, pero sí apunta a la posibilidad real de requerirlo, aun cuando no se hayan previsto las vías procedimentales hábiles, en una normativa específica.

Así, en el régimen constitucional argentino, todos los derechos reconocidos por la Constitución son operativos, y en el caso de los DESC, aun sin jurisprudencia consolidada al respecto, es procedente entender que no existe limitante constitucional que derive la efectividad de su tutela a legislación ulterior especial, en lo atinente a aquellos DESC estatuidos por prescripción constitucional directa. Por el contrario aquellos integrados a la Constitución por prescripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de DESC, reconocen dicho condicionamiento (art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 2 de la Parte II de dicho Pacto Internacional), en función de la denominada “cláusula de progresividad”.

### 3. Los DESC y la condición de eficiencia

La tutela judicial efectiva hace a la plena exigibilidad de los DESC; y obviamente, su consideración solo puede analizarse cuanto revistan condición operativa directa. A este respecto deben analizarse en segmentos diversos, tres situaciones: (i) la exigibilidad de conducta negativas, (ii) la procedencia del requerimiento de prestaciones positivas y (iii) la problemática especial de la “dependencia legislativa”.

La exigibilidad de conductas negativas, de “no interferencia” es propia de los derechos civiles y políticos (DCP), pero no exclusiva, pues también en numerosos supuestos la adecuada protección de los DESC así se configura (p. ej.: los derechos al medio ambiente y algunos casos de derecho a la salud). Cuando así acaece el tratamiento de DESC y DCP en cuanto a su protección es absolutamente similar, lo cual demuestra que la plena operatividad de los mismos y su cabal tutela judicial no difieren

<sup>6</sup> Ampliar en Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Neo Constitucionalismo*, Ed. Trotta, 2009, pp. 31-47.

de los DCP en su naturaleza, sino en la modalidad de implementación, según fuere la conducta debida exigible.

Por todo ello, ante la exigibilidad de conductas negativas se hace presente el principio establecido en la Opinión General N° 9 del comité de DESC del Pacto, precisando que *"la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe por definición fuera del ámbito de los tribunales, sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes"*.

El principio expuesto no queda desvirtuado por el dispar tratamiento judicial de DCP y DESC cuando se trata de las denominadas "prestaciones positivas", diversidad exclusivamente motivada en las condiciones prácticas de su concreción, pues en general los DCP no requieren conductas debidas positivas.

En cuanto a "prestaciones positivas" debe deslindarse los casos en que las mismas se encuentran predeterminadas por legislación formal o bien por disposiciones reglamentarias que carecen de tal soporte. En el primer supuesto, la tutela judicial efectiva procede cabal en cuanto se trata de exigir conductas debidas, ya estatuidas por normas vigentes, cuya implementación corresponde a órganos ejecutivos. Como es notorio, la exigibilidad se proyecta a la Administración, y la calidad positiva de la prestación no limita su obligatoriedad ordinaria, pues se encuentra predeterminada; salvo el supuesto de que la misma quede condicionada a una habilitación presupuestaria inexistente. Por ello, en estos casos la tutela judicial efectiva, opera en términos ordinario, sin diferencia con los DCP.

Situación diversa surge en el tercer supuesto cuando la habilitación constitucional del DESC está condicionando a la emisión de normativa previa. Dos casos diferentes se presentan en este contexto: (i) aquellos cuya existencia efectiva queda condicionada por definición constitucional, al dictado de una norma legislativa específica; y (ii) aquellos cuya existencia efectiva surge del mismo texto constitucional, y la legislación ulterior ha de precisar la modalidad y funcionamiento de su materialización.

En el primer caso, no cabe exigibilidad por cuanto el DESC en cuestión carece de efectividad directa por el condicionante emergente de la misma Constitución, lo cual impide la configuración de una exigencia efectiva, en su sentido propio, al carecer de precisa conformación del derecho y correlativa conducta debida. Ello no excluye la posibilidad de que la Justicia declare la ilegitimidad de la omisión estatal, aunque no disponga de facultades para compeler a la reparación adecuada, extremo ajeno a una tutela efectiva de valor jurídico cierto.

Por el contrario, en el segundo supuesto, se verifica la existencia de un derecho acabado desde su prescripción constitucional,

constituyendo la omisión legislativa o reglamentaria un obstáculo anti-jurídico para su correcta implementación. En estos casos, ante la configuración de un derecho operativo, proceden las vías procesales para su protección, aunque su exigibilidad correcta, suele limitarse por una eventual autorrestricción judicial en materias que exigen específicos requerimientos dependiente de definiciones legislativas formales.

En síntesis, la operatividad congénita de los DESC puede ver opacada en grado sumo la efectividad de su protección, por limitantes judiciales basada en la ineficacia de las vías procesales idóneas para su satisfacción y en la ausencia de un esquema normativo hábil para suplir las omisiones legislativas; todo lo cual torna de específica gravitación la exigibilidad de conductas administrativas eficientes, con contralor interno preciso.

## II. Fundamentos sustanciales

### 1. Planteo

Entre las notas fundamentales del Derecho Administrativo luce el constante proceso de transformación de su contenido, así como la velocidad y la persistencia de dicho proceso, afirmación de innegable realidad, cuyas consecuencias directas conducen a la configuración de estructuras teóricas de máxima flexibilidad para acompasar sus alcances, preservando al máximo la certera proyección de los Principios Generales de Derecho que arbitran el plexo vertebral del derecho público liberal aplicable<sup>7</sup>.

En sentido equivalente, GARRIDO FALLA en su obra “Las Transformaciones del Régimen Administrativo”, publicada en la década de 1950 sostenía, a partir del análisis del desarrollo de ciertos institutos, que las constantes modificaciones del accionar estatal, tanto en lo que se refiere a su estructura como a sus alcances, obligaba necesariamente a la adecuación de las mismas, a las exigencias de las nuevas realidades, habilitando su continuidad en un contexto de severa movilidad.

Tales aseveraciones de estos calificados juristas son terminantes en evidenciar la relevancia de este fenómeno evolutivo que hace a la esencia del Derecho Administrativo, pese a lo cual en líneas generales, no ha sido comprendido en su debida magnitud en su tratamiento doctrinario específico y menos en su gravitación real sobre los institutos y figuras del Régimen Administrativo.

Ya en 1897 el profesor VITTORIO ORLANDO señalaba que *“ninguna rama del Derecho se ocupa tanto del mundo moderno como el*

<sup>7</sup> Javier Barnes, “El Derecho Administrativo como el verdadero Derecho de la Sociedad”, *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo* N° 1, 2016, pp. 45-48.

*Derecho Administrativo*", y esa aseveración del Maestro del Derecho Administrativo italiano, la corrobora el profesor CASSESE quien afirma que el "*Derecho Administrativo posee una enorme extensión que no es paragonable a la de cualquier otra rama del Derecho*", pues dirige las Administraciones Públicas y la vida social, constituyéndose en el Derecho de la Sociedad Organizada, ambos en nítida deferencia a la proyección normativa ordenadora del Régimen Administrativo, sobre un amplio espectro de la vida social definida básicamente a través de las acciones de la Administración<sup>8</sup>.

Indudablemente, algunas precisiones, con más de una centuria de diferencia entre ambas, presentan un Derecho de tal dinamismo, que pese a la vertiginosa calidad y profundidad de los cambios sociales acaecidos en el siglo, mantiene la vigencia de su supremacía, fundamentalmente por su directa conectividad con el actor principal de la evolución social: el Estado, y primordialmente en su espectro, la Administración; pero claro está, el Estado, no solo por acción directa sino a consecuencia de los requerimientos sociales, como receptor de los mismos, y con la integración y participación activa del sector privado.

He aquí un aspecto crucial, de aquel Derecho Administrativo finisecular, afincado en la acción directa estatal, en el régimen de los servicios públicos, en la preocupación por la delimitación correcta del intervencionismo público, y en clarificaciones sobre la contextura dicotómica (Autoridad ante Libertad) del régimen publicístico; mientras que hoy nos enfrentamos a un contexto en el cual el dinamismo del sector privado lo convierte en actor complementario inexcusable de las políticas públicas, en un titular de derechos fundamentales exigibles de conductas públicas activas, y en un responsable directo de la consecución de cometidos estatales de interés general, triple rol en el cual no es excepcional que en sí confluyan a la vez derechos y obligaciones con visos de contradicción.

Así, en la fraseología de los distinguidos profesores italianos referidos, evolucionamos del Derecho de la Administración al Derecho de la Sociedad, pero su trascendencia jurídica en la normatividad social se mantiene incólume.

## **2. La necesaria adecuación de cometidos y su proyección sobre la condición de eficiencia**

Las premisas expuestas conducen ineluctablemente a contemplar la necesidad de adecuar el valioso instrumental jurídico tradicional a las nuevas realidades sociales y constitucionales a afrontar, y ello de por sí,

---

<sup>8</sup> Sabino Cassese, *Derecho Administrativo: Historia y futuro*, Global Law Press, 2014, pp. 447-459.



obliga al reconocimiento previo de los cometidos públicos a satisfacer, y en su función perfilar correctamente su utilización.

Algunos de estos aspectos se presentan como singularmente novedosos. Así cabe destacar como tales a la expansión de derechos fundamentales de exigibilidad directa de acciones públicas positivas eficientes o bien, la concatenación del accionar público-privado, con derivaciones normativas al sector privado; pero, todo ello bien puede enmarcarse en los carriles doctrinarios tradicionales, a condición de que fortalezcamos una visión realista, y no confundamos lo instrumental con lo sustancial.

Considerando la naturaleza instrumental que ostenta el orden jurídico, como elemento básico en toda técnica de organización social, surge con evidencia, esencialmente, la consecuente necesidad de una constante readaptación acompasada con las transformaciones sociopolíticas, incluido el vector económico, que cada sociedad exige en función de su desarrollo histórico; y esta connotación propia del plexo jurídico en plenitud, se exagera en el Derecho Administrativo, sea cual fuere la definición o caracterización sustancial que se pretenda, pues conforma básicamente el régimen jurídico de la Administración, brazo ejecutivo del Estado, y por ende aquel debe operar con continuidad y eficiencia, para la debida satisfacción de los cometidos estatales que la sociedad civil en instancias diversas determina. Y es desde ya imperioso preferenciar la nota de eficiencia en sentido lato, históricamente delegada en los análisis jurídicos administrativistas y hoy reconocida con nivel constitucional.

Al respecto cabe recordar que el profesor Scmuck<sup>9</sup> señalaba, en un severo análisis sobre la necesidad de la legitimación política de las agencias públicas, es decir de la Administración, que, sin perjuicio de que su legitimidad constitucional resulte cabalmente consolidada, es necesario apuntalar su legitimación política, extremo urgente en la actualidad, con mayor rigor aún que en los tiempos del New Deal; y en tal sentido, puntualizó que aunque tradicionalmente la conformación política de Estados Unidos no se había sentido proclive al "Administrative State", la condición de eficiencia como elemento definitorio de legitimación, se proyectó como uno de los principales sustentos del "New Deal".

Es relevante el aspecto evolutivo hacia la eficiencia de la actuación de la Administración y, por tanto, a una configuración de un Derecho Administrativo que le da sustancial basamento esbozando un tratamiento normativo en el cual la condición de legitimidad formal no sea la única variable a controlar y precisar sino que también la eficiencia sea

<sup>9</sup> *Foundations of Administrative Law*, Peter Scmuck Foundation Press, New York, 2004, pp. 7-14. James Landis, *The Administrative Process*, Yale University Press, 1938.

objeto de un adecuado contralor administrativo más aun cuando tradicionalmente ha sido ajena a una pertinente revisión judicial ulterior.

Perfilada así, a grandes trazos, la relevancia superior de esta connotación evolutiva corresponde precisar que sus alcances no apuntan sólo y exclusivamente a un análisis individualizado de sus principales figuras jurídicas, sino que lejos de ello, alude a los aspectos vertebrales de su estructuración.

Por ello, es imperioso enfocar correctamente el objetivo final a cuya consecución tienden los instrumentos jurídicos esenciales del Régimen administrativo, pues precisamente tal vector finalista constituirá el epicentro interpretativo que facilitará la integración contextual de dichos instrumentos, los cuales en reiteradas ocasiones, presentan individualmente grados de evolución diversos, y por ende, requieren, como se señalara, de una fuerte interpretación contextual integral, para evitar contradicciones soslayables. Es relevante puntualizar que la condición de eficiencia supone de por sí la conformación de una visión integral del accionar administrativo.

Así pues, sin riesgo de equívocos, cabe sostener que, en una maraña de institutos dispersos, la alternativa válida excluyente es la debida apreciación de los cometidos a cumplimentar, y en su consecuencia, precisar con algún grado de certeza y precisión los alcances de los instrumentos jurídicos que el Régimen administrativo habilita para su consecución. Tal es una primera aproximación clave para la valoración de una gestión eficiente y se constituye en el parámetro central de una correcta configuración de un control administrativo de la Administración, que también debe adentrarse en la apreciación de su actividad reglamentaria involucrada.

En el campo específico de los esquemas regulatorios y su análisis sobre su condición de eficiencia, el profesor OFFE insiste en la consideración de la condición del ciudadano, que sin perjuicio de ser el generador primario de la autoridad estatal, queda potencialmente amenazado por la coerción pública y dependiente de los servicios y provisiones organizadas por el Estado; y al respecto apunta a la composición de un modelo estable, en la comunión de los principios básicos del *rule of law* y del *welfare state*, en el marco de una *representative democracy*, con pautas de eficiencia en la conformación práctica de los cometidos estatales, derivados de dichos principios<sup>10</sup>.

En esta proyección analítica, tampoco cabe obviar que la generación de nuevos cometidos estatales, propios del *Welfare State*, y más aún del Estado Social de Derecho y sus sucedáneos, no implica exclusión

---

<sup>10</sup> Claus Offe, *Modernity and the State*, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, 1996, pp. 72-74, 81-85 y 147-157.

de objetivos anteriores ni mera yuxtaposición, sino muy por el contrario, como liminarmente se refería *ut supra*, supone ampliación y consecuente prelación de finalidades o cometidos no excluyentes, en continua expansión como bien recuerda CASS SUSTEIN en la configuración de los llamados nuevos *Bill of Rights*<sup>11</sup>.

Este parámetro, que si bien, en muchas ocasiones, no ha sido objeto del debido reconocimiento en numerosos textos constitucionales clásicos, se evidencia en forma expresa en los desarrollos constitucionales modernos donde la vasta ampliación de derechos fundamentales con protección constitucional conduce a serias dificultades interpretativas, para evitar colisión indiscriminada de derechos; forzando clasificaciones heterodoxas al constitucionalismo tradicional, con derechos de distinta generación justificativos de prelación en sus alcances, en pos de interpretaciones integrativas que eviten demerito constitucional. Aunque en correcta hermenéutica, la única distinción relativa relevante, debe originarse de la diversidad del régimen de garantías (v.gr. Constitución Española de 1978)<sup>12</sup>.

Esa ampliación del espectro de los derechos fundamentales se configura básicamente por la incorporación de los DESC en un proceso de constitucionalización de los mismos, precedido por un amplio reconocimiento internacional formalizado en diversos tratados. La tendencia internacional apunta a su interpretación cabal en un plexo normativo unitario, abarcativo del conjunto de los DESC, sin perjuicio de su enumeración específica; y paralelamente, en contraposición a los DESC, se difunde también un espectro unitario de los derechos civiles y políticos (DCP), lo cual se proyecta en regímenes diferenciales de garantías entre DESC y DCP. Como se expusiera en párrafos anteriores, en principio, los DCP gozan de reconocimiento constitucional directo, mientras que la normativa internacional prefiere un esquema de “progresividad”, condicionado a aspectos técnicos y económicos, para la plena vigencia de los DESC.

Históricamente, la doctrina tradicional postula que el Derecho Administrativo se configuró en función de la dicotomía antagónica entre la autoridad estatal y la protección de los derechos de los administrados, apuntando sustancialmente a la conformación de un régimen jurídico protector que impidiera o limitara significativamente la posibilidad de abusos de la preeminencia estatal, fundada en la preferencia jurídica que la consecución de intereses público habilita; pero como bien ha sostenido PAREJO ALFONSO, la evolución se proyecta en un panorama del

<sup>11</sup> Cass R. Sunstein, *La revolución en los Derechos*, Ed. Universidad Ramón Areces, 1990, pp. XV a XIX.

<sup>12</sup> Silvio Basile, “Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas”, *Estudio sistemático de la Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 263 y 55.

Derecho Administrativo no monopolizado ni siquiera protagonizado por la clásica relación bilateral Administración-administrado singularizada por lo cual “*la construcción de la relación jurídico-administrativa como establecida entre dos sujetos con status bien definido y único es insuficiente para explicar el conjunto de relaciones de la Administración*”<sup>13</sup>.

De esta forma, sin invalidar en modo alguno esta concepción tradicional, de plena y muy justificada vigencia, no es procedente desconocer que nuevos aspectos que también hacen a la esencia de la acción administrativa, deben serle integrados; y entre ellos, cabe especial énfasis en el principio de eficiencia en la gestión de los cometidos estatales y en particular en la prestación de servicios públicos en sentido amplio, como hoy se reconoce con amplia recepción constitucional.

Tal condición de “eficiencia”, en líneas generales, exige la consideración de derivados que conjugan con la acción estatal para satisfacer cometidos de mayor complejidad, por configurarse con elementos económico sociales de apreciación internacional, respecto a las cuales los alcances de la soberanía tradicional ha quedado severamente limitada, y en algunos supuestos, cercenada<sup>14</sup>. Y, obviamente, tratándose de conductas exigibles a la Administración, mal podríamos excluir consideraciones amplias de control administrativo a su respecto.

### III. Parámetros sustanciales a considerar

En sumario análisis de muy limitada extensión, y por ende susceptible de objeciones por no integrar suficientemente a otros factores influyentes, cabe sostener la prioridad de composición de dos parámetros sustanciales: la debida protección de los derechos de los administrados, y la eficiente consecución de los cometidos estatales. En cuanto a estos últimos, si bien alguna doctrina pretende enmarcarlos en una amplia

---

<sup>13</sup> Luciano Parejo Alfonso, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1990, pp. 12-30.

<sup>14</sup> Juan Alli Aranguren, *Derecho Administrativo y Globalización*, Cívitas Ediciones, Madrid, 2004, pp. 247-272. Es interesante verificar que en el orden jurídico europeo la primacía de la ética de los derechos humanos constituye una clave de interpretación y de legitimación del orden jurídico que conduce necesariamente a una aproximación de los sistemas jurídicos nacionales al aplicar las mismas normas y jurisprudencia. En el mismo sentido, RICARDO FALK, de Princeton University, señala que debe contemplarse junto con una globalización de alto nivel (“globalization from above”) basada en Estados líderes, una globalización “de abajo” (“globalization from below”) que apunta a la configuración de una comunidad universal (“one world community”) animada, entre otras, por preocupaciones ambientales, derechos humanos y proyecciones sociales, que infunden contenido especial a las relaciones jurídicas administrativas, al conjuro de proyecciones universales, que tienden a normativizarse, en detrimento de parámetros tradicionales de soberanía. *Global Visions, Beyond The New World Order*, Southend Press, Boston, pp. IX-XVII y 39-48.

concepción del servicio público, su constante expansión y complejidad de realización, torna inocuo y poco certero su integración en conceptualizaciones unitarias<sup>15</sup>.

Tampoco se adicionarían mayores clarificaciones enmarcando el segundo término de la ecuación bajo un concepto amplio de interés público, pues su mutabilidad en términos espaciales y temporales, es manifiesta. Así, solíamos ejemplificar la nota diferencial sustancial entre la relación de derecho público y la relación jurídica privada, conforme a su mayor o menor distancia al interés público comprometido, simbolizando a este como una llama cuyo calor irradiado dotaba de tono publicístico las relaciones jurídicas en función de su cercanía, con la grave dificultad adicional, de no tratarse de una llama inmóvil, sino por el contrario de alta movilidad espacio temporal.

El esquema sustancial del régimen jurídico administrativo debe elucidarse bajo la condición básica de generar el instrumental jurídico adecuado para habilitar a la Administración la eficiente prestación de los servicios inherentes a los cometidos estatales mutables, con debida protección de los derechos constitucionales de los administrados, en coherente prelación interpretativa, conforme a la generación de los derechos que se trate, y con el necesario ajuste entre derechos individuales y de acción colectiva, de habitual conflictividad intrínseca.

Constituye un aspecto decisivo entender el régimen jurídico administrativo en este marco, lo cual de por sí, libera de equívocos, que en muchas ocasiones, han impedido o bien dificultado seriamente el desarrollo pleno de figuras jurídicas de cuño administrativista. Típico ejemplo

<sup>15</sup> Paula Ilveskivi, "Fundamental Social Rights in the Finnish Constitution" *The Welfare State and Constitutionalism in the Nordic Countries*, Copenhagen, Denmark, 2001, pp. 219-245. Revela particular interés la conformación de la concepción de los derechos fundamentales en la doctrina legal finlandesa, en la cual se plantean en una dicotomía calificable como status negativo o status positivo. La dimensión negativa de los derechos fundamentales se enfatizaba por décadas hasta la reforma constitucional de 1993, pues hasta entonces los derechos fundamentales apuntaban a la protección individual frente a los poderes públicos, especialmente por la legislatura. Por el contrario, la prevalencia de la perspectiva positiva debe ser comprendida no solo como protección contra la violación de derechos individuales, sino como justificativo de requerimiento de medidas activas, a través de las cuales las autoridades públicas deben garantizar derechos. AGUST THOR ARNASON refiere que en la generación de las constituciones escritas se proyectaba esencialmente la lucha por el reconocimiento de derechos políticos, y en general de los DC y P, por lo cual no es extraño ver en el nacimiento del constitucionalismo escrito, la ausencia de principios de *social welfare*, lo cual no excluye la visión presente de que tanto DC y P como DESC, se encuentran en el centro del concepto de derechos humanos, avalado por la Comunidad Internacional (A.T. Arnason, *Constitutionalism: Popular Legitimacy of the State en Welfare State and Constitutionalism-Nordic Perspectives*). Y, es precisamente para la debida exigibilidad de los derechos sociales, cuando la eficiencia se constituye en valor determinante de la acción estatal.

de tales limitantes, han sido las consabidas forzadas relaciones con institutos de Derecho Civil; extremo lógicamente inapropiado, pues siendo de absoluta evidencia las proyecciones y finalidades diversas entre ambos regímenes jurídicos, se hace indispensable un muy prudente tratamiento de semejanzas que habiliten esquemas de analogía, o bien interpretaciones integrativas.

Así, ya un principio básico de lógica aristotélica indica que las cosas se diferencian en función de una cualidad común, lo cual no es una referencia paradójica, sino un nítido elemento lógico que facilita entre otras, la clasificación entre género y especies; y precisamente, la diferencia no se estructura *in se*, sino sobre las bases de un criterio selector exterior a las cosas diferenciales, que se concreta en relación a la finalidad pretendida y en cuyo análisis, las consideraciones que hagan procedente la cumplimentación eficiente de los cometidos exigibles se perfilan en un papel relevante.

Por ello, si se apunta a asimilaciones o diferencias jurídicas, el criterio selector debe ser el régimen jurídico aplicable, y dado el carácter instrumental que reviste la normativa, la distinción opera en función de la finalidad que hace a la esencia del régimen. Consecuentemente, siendo indubitable la cabal distinción de la naturaleza de la relación de derecho público ante aquella de cuño civilista, no caben asimilaciones amplias, lo cual no excluye la existencia de institutos con notas comunes, o bien de figuras que por razón histórica surgen del tenor de las prescripciones del Código Civil, extremo que como anteriormente se señalara, no justifica de por sí, arbitrarias asimilaciones.

En esta perspectiva, muchos son los ejemplos que podrían precisarse, y quizás el tema del régimen de la responsabilidad del Estado reviste un carácter claramente representativo por su muy especial significado respecto de los alcances de la conectividad entre institutos de derecho público y aquellos de cuño privado; y a cuyo respecto es gravitante el análisis integral, que la condición de eficiencia, exige.

La concepción jurídica de la responsabilidad no es exclusiva del régimen público o bien del derecho privado, sino que los excede, configurándose a un orden superior a ambos comprensivo, lo cual no impide observar, que se implementa a través de modalidades y alcances diferentes. En el campo de la responsabilidad del Estado, el efecto presupuestario contingente asume un rol relevante ausente en el régimen privado, mientras en éste, las transformaciones acaecidas en décadas pasadas respecto al factor de atribución han sido reflejadas con mayor intensidad que en el régimen público.

Es de sumo interés, evaluar la evolución de la responsabilidad civil, en cuyo origen y concepción tradicional el aspecto subjetivo de la culpabilidad asumía función relevante y primigenia; y por el contrario, al

presente, la calidad del daño configurado y la capacidad económica de asumirlo determina el criterio sustancial para apreciar la responsabilidad emergente, transformándose el régimen ancestral de responsabilidad en el llamado “derecho de daños”.

Por el contrario, el análisis de la responsabilidad del Estado, instituto propio del Derecho Público, obliga a precisar su real dimensión en el contexto del esquema global de cometidos estatales a cumplimentar, de modo tal de no conformar un régimen de responsabilidad de corte faraónico cuya gravitación presupuestaria actué en el detrimento del eficiente cumplimiento de los cometidos antedichos<sup>16</sup>. Esta nota peculiar del régimen público, es muy ajena a consideraciones propias de derecho privado, dado que el análisis de los institutos de Derecho Administrativos carece de sentido sin su contextualización y valoración de conjunto, en función de un vector final: habilidad instrumental para la eficiente satisfacción de cometidos estatales, sin agravio de derechos individuales, constitucionalmente reconocidos.

Por ello, en lo atinente a la responsabilidad del Estado, la barrera presupuestaria supone limitantes de alto significado, más aún al presente, cuando sus connotaciones internacionales obligan a un muy delicado tratamiento, como lo acreditan los extremos presupuestarios estructurales de la Unión Europea, y su incidencia constitucional (art. 135 Const. Española).

En ningún caso puede excluirse una visión integradora de la acción pública, concatenando el debido respeto de los derechos de los administrados con la definición del móvil régimen jurídico para el eficiente cumplimiento de los cometidos estatales constitucionalmente impuestos. En este marco, no cabe ya apuntar a responsabilidades del Estado de alcances paquidérmicos, sino que corresponde precisar sus límites, dejando de lado el antiguo dogma de que el mejor sistema de responsabilidades administrativas era el más amplio posible y es necesario descartar sistemas que constituyan criterios de responsabilidad objetiva global de la Administración, con carácter excluyente.

---

<sup>16</sup> Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución Económica Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 120-132. El autor señala con precisión que las transformaciones a las cuales se ha visto sometido el Estado Contemporáneo ha traído consigo un cambio no menos profundo de la naturaleza y funciones del Derecho, provocando la obsolescencia de algunas instituciones y categorías jurídicas tradicionales, antes de que acabaran de cristalizar otras alternativas. Así “a lo largo del siglo XIX la doctrina jurídica elaboro un paradigma de Derecho Público de signo negativo que giraba en torno a al concepto del límite”. Tal paradigma permanece en vigor y su necesidad es indubitable como manifiesta es su incapacidad para satisfacer los requerimientos del Estado Social de Derecho, con razonable eficiencia.

En breve conclusión, en los institutos de Derecho Público la interpretación integrativa en función de criterios finalistas, definidos por la gestión eficiente de los cometidos estatales es una necesidad, a la inversa del régimen privado, en el cual carece de esa esencia vertebral.

En esta línea de pensamiento, DE JUAN ASENJO, al aludir a los preceptos del capítulo III del Título I de la Constitución Española, admite que el texto constitucional niega eficacia subjetiva e inmediata a los derechos sociales, pero dado su reconocimiento como principios del ordenamiento jurídico surge la necesidad de que los poderes públicos los “*respeten y protejan*”; y con tales miras, considera que califican de eficacia negativa y positiva, conforme a los siguientes parámetros: **(i)** eficacia negativa o impeditiva válida para conformar “*la ilegitimidad de las acciones de los poderes públicos que se muevan en dirección contraria a la marcada por esos objetivos orientadores*” y **(ii)** eficacia positiva o legitimadora en cuanto postula “*la auto enajenación a los poderes públicos para ejercer sus competencias*” en tal dirección, en una concepción dinámica constitucional.

No puede soslayarse tampoco la incidencia del fenómeno del intervencionismo estatal y de las consecuencias propias del Estado Social de Derecho en la evolución del Derecho Administrativo, por su proyección directa en la ampliación de los cometidos estatales y en la mayor precisión constitucional para su debida consecución aunque el amplio reconocimiento doctrinario del fenómeno, torna inapropiado su desarrollo en esta instancia.

Por el contrario, merece especial énfasis el enfoque de la configuración de notas del Derecho “postmoderno”, que si bien no son exclusivas del Derecho Administrativo, le alcanzan en plenitud y se proyectan sobre los alcances de la exigibilidad y de un accionar eficiente.

Al respecto cabe recordar a ALLI ARANGUREN<sup>17</sup> quien señala que a diferencia del Derecho Moderno caracterizado por su sistematización, su generalidad basada en conceptos generales concatenados y su estabilidad, la posmodernidad implica que los derechos son relativos, que existe una complejidad de fuentes creadoras de normas jurídicas, y que se “*impone el pragmatismo, la flexibilidad y la adaptación*”. Así el autor señala entre las notas básicas de las concepciones postmodernas: **(i)** el pluralismo de las fuentes de derecho, **(ii)** el desconocimiento de un poder normativo intrínseco, **(iii)** flexibilidad y adaptabilidad normativa, **(iv)** contenido técnico de las normas, **(v)** preponderancia de su instrumentalidad. Obviamente, en tal contexto, se generan perspectivas amplias para las figuras del *soft law*; y como telón de fondo, surge notoria la figura de la gestión eficiente como soporte angular del sistema.

---

<sup>17</sup> Alli Aranguren, ob. cit., pp. 167-177.



En efecto, así como el Derecho Moderno se caracterizó por su sistematización, estabilidad y generalidad, basada en conceptos abstractos, el derecho “postmoderno” es esencialmente relativo, con heterogeneidad y complejidad de fuentes normativas, y sus notas propias son el pragmatismo y la flexibilidad. Esta sucinta descripción desde ya, perfila una correlación sustancial con las connotaciones insertas en la acción eficiente de la Administración, y por ende, con su régimen jurídico.

La impronta del derecho “postmoderno”, con clara preponderancia de la instrumentalidad y del pluralismo de fuentes mucho se compadece con principios de eficiencia de la gestión administrativa, y también se ajusta liminarmente con el desgajamiento de la noción tradicional de la soberanía estatal, acosada al nivel superior por regulaciones internacionales de aplicación directas (p. ej. normas comunitarias), y en el otro extremo por regulaciones locales de entes territoriales con habilitación normativa (p. ej. Comunidades Autónomas en España).

Acápite de especial relevancia constituye la preponderancia adquirida por el rol del reglamento, en cuanto atiende a la eficiencia de la acción administrativa, en desmedro de la prelación tradicional a favor del acto administrativo. Precisamente, la ampliación de la gestión de la Administración, exigida por el “Welfare State”, o bien por el Estado Social de Derecho, conjugada con el aludido requerimiento de eficiencia en la consecución de los cometidos han convertido al acto reglamentario, en el instrumento hábil de la gestión de la Administración Pública.

Completando este sucinto panorama corresponde referir la importancia adquirida por el Derecho Administrativo especial en cuanto se adecua a necesidades específicas a gestionar, y el cual sin desmedro de los principios generales permite, mediante una focalización directa, estructurar el instrumental normativo adecuado a las exigencias que el cumplimiento eficiente de los cometidos determina, no siendo sobra-abundante reiterar que el pragmatismo involucrado apunta a una flexibilidad normativa, a través de interpretaciones hábiles, lejos de criterios emergentes de clasificaciones anticuadas, con evidentes incongruencias ante las transformaciones que la gestión eficiente de cometidos estatales exige.

Sin adentrarse en la profundización del espectro moderno de la intervención administrativa, puede verificarse que la acción positiva de la Administración excede ampliamente la órbita tradicional del servicio público, para adentrarse en técnicas de fomento y en especial de policía administrativa. Ello constituye un fenómeno especial moderno, pues los prismas tradicionales administrativistas ordinariamente entendían las técnicas policiales como limitativas de derechos individuales, y por ende negatorias o restrictivas de la actividad privada, cuando hoy precisamente se configura la situación inversa, pues tales técnicas pueden bien orientarse de por sí también a ampliar y mejorar el campo de las

acciones privadas. He ahí una clara correspondencia con el enfoque del Derecho Administrativo como Derecho de la Sociedad.

La complejidad de los cometidos cuya consecución compete al Estado, obliga a éste, además de su de acción directa, a generar campos de ajustada delimitación para que la actividad privada se desarrolle con amplitud coadyuvando a la realización de tales finalidades, para lo cual la utilización de técnicas policiales adquieren connotaciones positivas de beneficio directo para la actividad privada en su conjunto (p. ej. normativa regulatoria del régimen de Defensa de la Competencia); a lo cual debe sumarse una adecuada complementación con los esquemas propios de una correcta y extensa aplicabilidad del principio de subsidiariedad.

#### **IV. Condición de eficiencia en la gestión estatal**

Los aspectos puntuales reseñados, constituyen elementos orientados a la condición de eficiencia en la gestión estatal a través de la Administración, con la conceptualización cabal del carácter instrumental de un régimen jurídico, lo cual no inhibe la legítima preocupación de la doctrina tradicional por el debido resguardo de los derechos individuales ante los abusos, reales o eventuales, falazmente justificados con referencia al interés público comprometido, representado excluyentemente por la Administración.

En realidad, hoy se trata de concatenar hábilmente ambos factores, para lo cual el Derecho Administrativo debe activar su calidad intrínseca de flexibilidad y capacidad de adaptación, para evitar la profundización del fenómeno conocido como “huida del Derecho Administrativo”. En tal sentido, ALLI ARANGUREN textualmente señala que *“el Derecho Administrativo se halla hoy en una agonía, en sentido griego de lucha y contienda, por servir a la persona a sus derechos y libertades, tratando de hacerlos efectivos como supremo interés general”*.

Cabe hoy la insistencia en la necesidad de dotar a la Administración del instrumental jurídico adecuado a la eficiente acción administrativa, en función de los cometidos a cumplimentar, susceptibles de muy rápida modificación evolutiva, en función de las exigencias sociopolíticas de la comunidad; y para ello, debe variarse sustancialmente la prelación tradicional de institutos administrativos.

Sin perjuicio de ello con muy especial énfasis debe valorarse que la eficiencia esté directamente concatenada con el principio básico de cabal respeto de derechos individuales, en constante expansión, aspecto que aún no se ha receptado en su debida dimensión, dada la sanción constitucional de un amplísimo abanico de derechos de distinta generación y complicada integración, y con la certeza de que la ampliación notoria de los derechos fundamentales, arbitrada por el llamado

Neoconstitucionalismo, apuntala el activismo estatal, lo cual naturalmente exige un mejoramiento de las técnicas garantistas tradicionales, y una afirmación plena y coherente del principio de tutela judicial efectiva.

El régimen administrativo tradicional se estructuró en relación con dos polos opuestos simbolizables como la oposición entre libertad y autoridad, apuntando a configurar regímenes de equilibrio que conjugaran márgenes razonables de libertad, que hacían a los derechos constitucionales de los administrados, con un marco aceptable para el ejercicio de las competencias públicas, orientadas a la satisfacción de intereses generales de la comunidad.

En este contexto bipolar, el acento mayor se puso en el sector considerado más débil, presente en tal relación como parte minusválida y, por ello, la proyección tuitiva del régimen administrativo tradicional, en el cual la protección de los derechos de los administrados constituyó el aspecto cardinal.

Con la irrupción de la amplia gama de derechos fundamentales y la habilitación constitucional del requerimiento de eficiencia se suma un nuevo elemento sustancial en la relación bipolar descrita, pues se configura una afirmación contundente de la obligatoriedad constitucional de conductas activas con condición de eficiencia al Estado. No es esto totalmente nuevo porque siempre la satisfacción debida de intereses públicos fue obligación pública, pero sin duda este planteo constitucional de severa gravitación, consecuente con la formulación del Estado Social de Derecho, proyectó con contundencia especial este requerimiento, a punto tal de interponer en aquella condición binómica un tercer elemento: la acción positiva eficiente.

Por ello, en la actualidad, los institutos administrativos deben contemplar estos tres aspectos con especial y similar relevancia; es decir, en modo alguno se descuidan los anteriores y tampoco puede menoscabarse la condición proteccionista, sino que corresponde adicionar y correlacionar el nuevo elemento. No son tiempos de reformulaciones, sino de adecuaciones interpretativas.

En suma, los institutos deben integrarse en un plexo superior definido por el vector sustancial de la actividad exigible a la Administración, precisado en la conjunción integral de los tres elementos aludidos.

Finalmente, corresponde puntualizar que precisamente la mutabilidad de los cometidos y su consecuente incidencia sobre el régimen jurídico aplicable hace necesario dotar a éste de la calidad de flexibilidad operativa razonable para evitar bruscos cambios normativos que habiliten perspectivas evolutivas sin sobresaltos. En tal sentido, el notorio desarrollo reciente del *soft law* presenta pautas precisas de los requerimientos de flexibilidad. No cabe olvidar que los esquemas de

codificación, si bien implicaron tradicionalmente un eslabón relevante de evolución jurídica, no pueden escapar a su naturaleza estratificante que poco condice con sistemas legales que requieren constantes adecuaciones y, por ende, la solución viable consiste en dotar al *hard law* de la amplitud necesaria para facilitar los procesos de adecuación sin cortes bruscos que deterioren los avances doctrinarios y jurisprudenciales concentrados en su marco.

La consecuencia obvia de habilitar esquemas de flexibilidad operativa exige el requerimiento formal de una sólida rigidez y contundencia constitucional, que establezca con singular gravitación el marco rígido en el cual pueda desenvolverse la flexibilidad normativa apuntada. Y, a todas luces, tal rigidez implica naturalmente limitantes severas para modificaciones o enmiendas constitucionales que sólo deberían proceder muy excepcionalmente cuando las variaciones en los alcances de los cometidos estatales supongan variación sustancial del modelo del Estado que la Sociedad exija.

## Reflexiones finales

La expansión de los derechos fundamentales y en modo muy especial lo atinente a los DESC, sumado a los amplios cauces que el neoconstitucionalismo ha habilitado en el marco del Estado Social de Derecho, provocaron una exacerbación de la actividad estatal directa o indirecta. Por ello se ha ampliado paralelamente el alcance del intervencionismo estatal, lo cual en modo alguno implica acción directa pública sino adecuada concatenación de la iniciativa económica pública con la iniciativa privada, que en la práctica se visualiza a través de una notoria dinámica regulatoria y un pujante despertar del *soft law*.

Dichas notas aparejan de por sí una especial gravitación del concepto de eficiencia en cuanto en todo esquema proactivo subyace con énfasis la necesidad de una debida integración entre recursos disponibles y cometidos a cumplimentar a través de la concreción de procedimientos hábiles al efecto. Estas consideraciones se manifiestan con mayor contundencia cuando las limitantes presupuestarias además de las severas razones económicas que las fundamentan revisten sesgo constitucional (v.gr. Art. 135 de la Constitución Española).

Las dificultades señaladas se agigantan en materia de contralor en cuanto los criterios de revisión de legitimidad presentan una contextura y una tradición que aseguran pautas precisas de valoración, lo cual no acaece en el análisis de las condiciones de eficiencia más aún cuando en estas últimas no surge con claridad y gravitación el *caveat* de los alcances del principio de tutela judicial efectiva. Esta falencia torna determinante la necesidad de configurar un esquema de contralor administrativo de la eficiencia que no sólo hace a una correcta gestión pública sino

que se constituye en un relevante garantía para el particular de la operatividad de principios de Buena Administración en tópicos respecto a los cuales no se visualiza con evidencia una revisión judicial certera.

Doctrinas modernas tienden a equiparar la condición de legalidad a la de eficiencia<sup>18</sup>, lo cual por simple desarrollo lógico conduce a la afirmación de la necesidad de su contralor administrativo, en parámetros asimilables al control de legalidad sin desmedro de las dificultades referidos, pero también es dable poner de relieve que las mismas se agudizan en materia de regulación. En efecto, la naturaleza de la actividad reglamentaria obliga a un debido contralor preventivo pues la revisión *post-facto* supone serias dificultades interpretativas sobre sus alcances.

Estas consideraciones adquieren interés especial si avanzamos en una visión global del Derecho Administrativo como Derecho de la Sociedad lo cual supone una especial dinámica regulatoria con profusión normativa abierta de nivel *sub-lege* y en clara consistencia directa con la acción privada en la consecución de los objetivos públicos económicos y sociales constitutivos del interés general. Nuevamente surge la necesidad de enfoques integrales respecto a la evaluación de la eficiencia en contraposición al enfoque analítico y particularizado que caracteriza a los controles de legitimidad.

La condición de eficiencia se manifiesta en todo aspecto de la actividad administrativa y debe ser evaluada sin desmedro alguno de las condiciones de legalidad, extrema que en muchas ocasiones alumbra dificultades de correcta concatenación que deben ser dirimidas con los criterios de ponderación habilitadas en una estricta aplicación de los principios generales de Derecho Público, superadores de atisbos positivistas previos.

Estas apreciaciones adquieren mayor relevancia al vislumbrarse el Derecho Administrativo como genuino Derecho de la Sociedad, dado que, al decir del profesor BARNES "*buena parte de sus normas tienen por objeto propio el establecimiento de una sociedad organizada y no imponer un mandato a la Administración*"<sup>19</sup>. ■

---

<sup>18</sup> G. Gardaiz Ondarza, "El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXIII, 2002, pp. 323-340.

<sup>19</sup> Barnes, ob. cit., p. 43.