

# LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO FENÓMENO ORGANIZATIVO. ORGANIZACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

RODOLFO CARLOS BARRA \*

## 1. La organización, introducción y concepto

Recordemos a nuestro imaginario hombre de las cavernas, aquel que representaba –siempre en aquella construcción hipotética que ensayáramos– a la primitiva configuración del Estado-sociedad perfecta, último punto de resolución de los conflictos sociales (ver BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Principios. Fuentes, Buenos Aires, Depalma, 2002, Cap. I, 7).

Dijimos, en aquella ocasión, que aquel jefe de tribu o de grupo, desde un punto de vista meramente material, administraba, juzgaba y legislaba, y esto lo hacía porque debía organizar las actividades del grupo que se encontraba sometido a su conducción, es decir, a su poder de organización. Administraba, juzgaba y legislaba, espontáneamente, al organizar las actividades y la vida del grupo.

Por ello, aquel personaje primitivo era el Estado, es decir, hacía en esencia lo mismo que hace el Estado moderno y que hizo el Estado en cualquiera de sus etapas históricas. Así podemos afirmar, con un alto grado de aproximación al meollo de nuestro tema, que el Estado a la vez que emanación natural de los seres humanos organizados en sociedad política, es el centro o poder organizador de esa forma especial de asociación humana.

\* Abogado UCA. Doctor en Derecho UCA. El artículo corresponde a su obra en preparación *Tratado de Derecho Administrativo*, Abaco.

Desde este punto de vista, ni el uno ni la otra –Estado y organización– se anteceden recíprocamente. Al nacer la organización política, nace el Estado, y en ese mismo instante el impulso organizador se radica en ese centro o núcleo de la organización.

Corresponde aclarar, sin embargo, que el fenómeno o hecho material de la organización no es una característica exclusiva de la sociedad política.

Toda asociación que tenga pretensión de un mínimo de perdurabilidad exhibe una cierta organización, es decir, una especial y deliberada disposición de los medios materiales con que cuenta y de los individuos que la integran, disposición que se encuentra racionalmente<sup>1</sup> dirigida para el servicio de la finalidad buscada por sus integrantes a través de aquella unión de esfuerzos.

En consecuencia, la disposición racional de determinados medios materiales y personales al servicio de una finalidad común a los miembros, es lo que, básicamente, define a toda organización<sup>2</sup>.

La existencia de la organización pone de manifiesto que en el grupo predomina una idea determinada de orden, es decir, una deliberada, voluntaria e inteligente disposición de los medios en el lugar que a cada uno de ellos le corresponde por su naturaleza y por su funcionalidad para cumplir con la finalidad querida por el grupo organizado.

El término “orden” que utilizamos arriba no es, por sí solo, suficiente, ya que podría indicar el momento estático de la organización, mientras que esta última sugiere dinamismo, funcionalidad, dirección<sup>3</sup> que, en sí misma, absorbe el orden en el que se apoya. Natural-

<sup>1</sup> Sin duda, la organización es un producto racional, es decir, humano. Esto no quiere significar que los animales no racionales, por lo menos los gregarios, no se unan de acuerdo con una cierta forma de organización, aunque ésta no sea voluntaria y deliberada, sino, en lo que podemos saber, meramente instintiva.

<sup>2</sup> No agregamos el elemento temporal en esta básica definición, ya que es también organización la que se establece para obtener una finalidad de un solo objeto, cuya concreción pueda ocurrir casi inmediatamente a la misma constitución de la misma. Aun así, es voluntad de sus miembros que el grupo perdure organizado hasta aquella concreción de la finalidad buscada. Por el contrario, los grupos que se forman como tales por accidente y que desaparecen inmediatamente a la obtención de un fin que, también accidental o casualmente, comparten, no constituyen una organización en el sentido propio del término, aun cuando, materialmente, se encuentren en cierta manera organizados, como ocurre con los asistentes a un espectáculo público o los usuarios de un transporte de pasajeros.

<sup>3</sup> La “biblioteca mueble” es un conjunto ordenado de libros, según un determinado criterio ordenador. Pero la “biblioteca institución” es una organización que su-

mente, este dinamismo que supone la organización contiene no sólo una idea de orden sino también una idea de finalidad; se trata de un orden “direccionado” capaz de actuar según niveles, etapas, pasos para llegar a los objetivos inmediatos y a los fines mediatos a los que la organización sirve.

Dicho orden “direccionado” actúa, entonces, según una lógica procesal, de manera que, en cierto sentido, la organización es un proceso<sup>4</sup> en lo interno y en lo externo. En lo interno, ya que la organización de cualquier grupo humano difícilmente pueda considerarse un dato final, un producto terminado; siempre es perfectible, siempre se renueva, aun cuando se mantenga fiel a sus principios esenciales contenidos en aquella idea de orden “direccionado” que le da vida. Pero también lo es hacia el exterior de ella misma, ya que —especialmente en las organizaciones complejas— sus productos —bienes, servicios, decisiones— no pueden sino ser generados por una secuencia de trabajos coherentes, coordinadas, en fin, ordenadas en la dirección perseguida.

Así entonces, se reitera, todo grupo permanente —en el sentido de no accidental— que realice una determinada actividad exige un orden y una organización, aun cuando no todas estas organizaciones tienen los mismos efectos sobre la actividad del grupo.

Sin embargo, en todos los casos, la organización permite la misma subsistencia del grupo como tal. Éste no existiría de no poder cumplir con su actividad y ésta sería de imposible realización de no mediar una, siquiera, forma elemental de organización. Desde esta perspectiva, la organización es un hecho, un dato de la realidad presente en casi todas las actividades humanas.

Pero para ciertos grupos, la organización, amén de ser la condición indispensable para su existencia y para el despliegue de su acti-

---

pone mucho más que el orden de los libros. Requiere de personal con una estructura jerárquica, con división de trabajo, un sistema informático, la disposición de determinados servicios para el usuario, además de instalaciones muebles e inmuebles, etcétera. La “biblioteca mueble” es un objeto útil para el orden, en cuanto permite la ubicación ordenada de los libros; la “biblioteca institución”, en cambio, es una organización. Estrictamente hablando la “organización” sólo puede predicarse con respecto a un grupo; en la vida individual sólo corresponde hablar de “orden”, que es un elemento importantísimo para que el sujeto pueda realizar sus fines, aunque habitualmente a una persona ordenada la calificamos como “organizada”. De todas maneras una persona “desordenada” o “desorganizada” —es decir, que no sabe ordenar su tiempo, sus cosas, sus estudios y ocupaciones, incluso sus deseos— es alguien que encontrará serias dificultades en la vida.

<sup>4</sup> DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo, t. II*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, pág. 18, llega a identificar a la organización “como un puro proceso”, aunque

vidad propia, es también el dato relevante de la validez jurídica, interna y externa, de aquella actividad. Esto ocurre, generalmente, cuando el accionar del grupo no se agota en el interior del mismo sino que trasciende hacia el exterior, con efectos jurídicos sobre terceros, sin que nos interese, en este momento, el problema de la atribución o imputación, según los casos, de los actos cumplidos en nombre y beneficio de la organización y, a través de ella, de sus miembros.

## 2. Organización y ordenamiento jurídico

Continuando con lo señalado más arriba, es un dato de la realidad la existencia de organizaciones con valor y, otras, sin valor jurídico, esto es, en sí mismas indiferentes para el mismo ordenamiento general. Incluso existen organizaciones con un valor jurídico negativo o reprobado por el ordenamiento, como ocurre por ejemplo con la denominada “asociación ilícita”, así calificada y tipificada como delito por el art. 210 del Código Penal<sup>5</sup>.

---

vincula esta afirmación principalmente con su estructura interna. En efecto, la organización se manifiesta también como un proceso administrativo en el que interactúan insumos y productos de una manera sistémica.

<sup>5</sup> La norma citada establece: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.” El art. 210 bis impone penas más severas cuando la asociación se encuentre destinada a la comisión de delitos que pongan “en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”, encuadrando esa asociación en algunas de las características que la norma describe. La “asociación ilícita”, en cualquiera de los casos, constituye delito por su mera configuración. Ha dicho nuestra Corte Suprema, *in re* “Stancanelli, Néstor Edgardo s/ abuso de autoridad... incidente de apelación de Yoma, Emir F.”, causa S.471. XXXVII, sentencia del 20 de noviembre de 2001, Fallos, 324:3952, que la asociación ilícita “...no requier(e) la existencia de otros delitos consumados y ni siquiera de principio de su ejecución...”. Por ello debe ser diferenciada cuidadosamente del mero “acuerdo criminal, ya que aquella requiere un elemento de permanencia ausente en este último, que puede tener por finalidad la comisión de varios delitos pero que es esencialmente transitorio. En otros términos, la asociación ilícita requiere pluralidad de planes delictivos y no meramente pluralidad de delitos. Desde otro punto de vista –continúa– es elemental que la expresión ‘asociación’, por más que su sentido no pueda ser equiparado al que tiene en derecho civil, requiere un acuerdo de voluntades, no necesariamente expreso pero al menos tácito”, acuerdo que debe encontrarse destinado a “...ejecutar actos calificados por la ley como delitos del derecho penal pues si estos no se tipificaran como tales no habría ilicitud de la asociación”. Señala también la Corte que el bien jurídico protegido por el legislador al crear la figura delictiva es la “tranquilidad pública” que puede verse alterada por

Las agrupaciones sin valor jurídico son meros grupos dotados de una organización informal, simplemente ordenados. Igualmente y desde un punto de vista material se trata, como tales y en la medida que sean lícitas, de ordenamientos, ya que esa misma organización genera los elementos que la califican de aquella manera –de lo contrario serían, simplemente, grupos de individuos accidentalmente unidos y sin vocación de permanencia– aunque, formalmente, para el ordenamiento general, comprensivo o inclusivo, carezcan de trascendencia jurídica. Es decir, por razones de su escasa incidencia social, aquél no las reconoce como ordenamientos en el sentido formal del término, de manera que, y esto es lo más importante, no genera con aquellas relaciones “intraordenamientos”<sup>6</sup>.

En cambio, las que reconocen valor jurídico –positivo– son las que, en sentido formal o estricto, pueden ser calificadas como “ordenamientos” en los términos que hemos estudiado en nuestro *Tratado ...*, Cap. I, § 2, 3 y 4, y ello porque así las reconoce el ordenamiento general.

Desde el punto de vista del “ordenamiento”, la organización puede ser considerada desde una doble perspectiva. En una, la organización es la que da vida al ordenamiento e, incluso, se confunde con él de manera que no es erróneo afirmar que toda organización es un ordenamiento. Pero, en una visión más detallada, en un análisis de los “particulares”, es posible observar que, dentro del ordenamiento,

---

la “alarma colectiva” que nace de la existencia misma de la asociación criminal (considerando 5 del voto de la mayoría, Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez y Belluscio, subrayados agregados). Como se ve, la mencionada figura penal supone una organización –acto voluntario de poder emanado del grupo organizador, jefatura, permanencia, idea rectora o de empresa– que en sí mismo genera el ordenamiento que la rige. Sin embargo, esta organización es repudiada –por antisistémica o antifuncional– por el ordenamiento mayor (el estatal), repudio que al colocarla en el ámbito de la licitud excluye su misma calificación jurídica como ordenamiento (menor). Es decir, los ordenamientos menores sólo pueden ser tales si se generan en organizaciones aceptadas por el ordenamiento mayor. Puede también esta idea expresarse diciendo que una asociación ilícita es materialmente un ordenamiento (BARRA, Rodolfo Carlos, *ob. cit.*, Cap. I, p. § 4), pero contrario a los fines del ordenamiento que sobre aquél tiene poder de inclusión o de exclusión. Así el ordenamiento mayor, como dijimos, lo repudia y al repudiarlo lo excluye de su seno. En el ejemplo de la asociación ilícita, por su peligrosidad para los fines del ordenamiento mayor, éste la reprime excluyéndola de su seno y castigando, para ello, su mera constitución.

<sup>6</sup> Adelantamos ahora que las que denominamos “relaciones intraordenamiento” son aquellas que establece el ordenamiento general inclusivo con los ordenamientos menores, por aquél reconocidos como tales, que existen en su seno, y también las relaciones de estos entre sí. Estas relaciones estarán del ordenamiento por la justicia distributiva, en el primer caso, y por la justicia conmutativa en el segundo. Las “relaciones extraordenamiento” son las que el ordenamiento general establece con otros ordenamientos de igual naturaleza, regidas, en principio, por la justicia conmutativa.

la propia organización genera normas, instituciones –sub-organizaciones– relaciones jurídicas y, sobre todo, proyecta la “idea de orden” o “idea rectora” que la justifica a aquélla y, a la vez, a las normas, instituciones y relaciones jurídicas<sup>7</sup> que sólo adquieren sentido dentro de la misma organización.

Así entonces, la organización es también un elemento del ordenamiento por ella misma generado y se vincula con los restantes elementos del mismo conforme a relaciones específicas y determinadas, que gozan, igualmente, de valor jurídico. La organización es un elemento del sistema-ordenamiento, sin perjuicio de ser, en sí misma un sistema (ver nuestro *Tratado...*, Cap. VI, § 54)<sup>8</sup> y un ordenamiento.

Lo expuesto pone en evidencia la imposibilidad de analizar las normas, o las instituciones, o las relaciones jurídicas, o la misma organización, sin considerarlos como elementos de un sistema, es decir, sin su visión conjunta que incluye la incidencia recíproca de todos estos elementos, es decir, su recíproca funcionalidad organizada, en definitiva, su misma existencia como ordenamiento.

Recordemos, además, que en la realidad existen diversas categorías de ordenamientos (ver en el *Tratado...*, Cap. I, § 4), que conviven en el que podemos denominar ordenamiento general o global, es

<sup>7</sup> Así destaca ROMANO, Santi, *L'Ordinamento Giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945, pág. 13, que el ordenamiento jurídico es mucho más que un conjunto de normas, como si estuviese condensado en las colecciones legislativas. Es “...por el contrario algo más y más animado: es en primer lugar la compleja y variada organización del Estado italiano o francés; los numerosos mecanismos y engranajes, las relaciones de autoridad y fuerza, que producen, modifican, aplican, garantizan las normas jurídicas, pero no se identifican con ellas...” Nosotros, en el *Tratado...*, Cap. I, § 4, hemos sugerido que el ordenamiento no sólo se integra con las normas y la organización, sino con los restantes ordenamientos-organización que en aquél se encuentran contenidos, como también con los sujetos y sus relaciones jurídicas y con la misma “idea rectora”, que si bien da vida a la organización y con ella, al ordenamiento, su presencia orienta a las normas, a las organizaciones menores, a los sujetos y a las relaciones jurídicas, como la propia justicia general –en el *Tratado...*, Cap. III– ya que es la forma como la organización entiende y afirma a aquélla. Así, por ejemplo, el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, pág. 546 y sigs., Pamplona, Eúnsa, 1993. En la edición de 1987, González Navarro describe el sector público como “una constelación de organizaciones jurídico-públicas –personificadas o no personificadas– todas las cuales aparecen relacionadas entre sí por vínculos de eficacia y alcance distintos, pero cuya existencia sólo puede entenderse con una perspectiva sistémica. Esa constelación de organizaciones públicas constituye, en efecto, un sistema, esto es ‘un conjunto dado de elementos, con sus comportamientos permanentes, un conjunto de relaciones entre éstos y el entorno’” (págs. 611/612). También JIMÉNEZ NIETO, Juan Ignacio, *Teoría General de la Administración; La ciencia administrativa a la luz del análisis sistémico*, pág. 26, Madrid, Tecnos, 1975.

decir, el formado por la voluntad de un grupo humano que decide convertirse en el pueblo de una Nación.

Dentro de tal ordenamiento global es posible establecer una primera clasificación –para lo que aquí interesa– en dos grandes grupos: el ordenamiento estatal –que a su vez puede ser plural, especialmente en el sistema federal<sup>9</sup>– y el ordenamiento social, compuesto por la multitud de agrupaciones con trascendencia jurídica –subordenamientos, reconocidos como tales por el ordenamiento estatal– que integran, junto con los restantes sujetos, el entramado de la vida social<sup>10</sup>.

Cuanto mayor sea la trascendencia jurídica o importancia social del ordenamiento, mayor será la complejidad de la organización.

<sup>9</sup> Es distinta la pluralidad de ordenamientos públicos o estatales según nos encontremos frente a sistemas unitarios o federales, y aún así, dentro de cada sistema nacional en particular.

<sup>10</sup> En este sentido, BERTI, Giorgio, *La Pubblica Amministrazione come organizzazione*, Padova, CEDAM, 1968, págs. 64/65, destaca que la presencia de la “comunidad” (o “sociedad”, como elemento diferenciado de lo estatal) en la consideración de la actividad de la Administración Pública se manifiesta “...mediante relaciones entre ordenamientos, cada uno de ellos cualifica un cierto momento de la comunidad frente al ordenamiento general o comprensivo. Cada ordenamiento particular es por así decir especializado con respecto al comprensivo, no sólo en sentido material, sino también y sobre todo por representar el interés comunitario concreto e indicar la medida de la satisfacción en el momento originario de cada proceso jurídico” (ver también en pág. 65, nota n° 6). La idea de los ordenamientos particulares o menores especificados –precisamente “ordenados a”– por la necesidad a satisfacer, fue expuesta por nosotros, en otros términos, al desarrollar la “imagen” de la “pirámide social” en el *Tratado...*, Cap. II, § 10.b. Es cierto, como lo señala DEL VECCHIO, Giorgio, *Crisis del Derecho y Crisis del Estado*, Madrid, Librería V. Suárez, 1935, pág. 96, que el Estado puede ser definido “como el sujeto de la voluntad que pone (impone) un ordenamiento jurídico” (ver también en el *Tratado...*, Cap. I, § 2), pero lo es sólo en la medida que torna vigentes, dentro de un sistema unitario, a un conjunto de ordenamientos que existen –en algunos casos, preexisten– como tales, no creados sino reconocidos y, reiteramos, unificados coherentemente por el ordenamiento global, de procedencia estatal (ver en el *Tratado...*, Cap. 1, & 4). Esto también lo destaca DEL VECCHIO (*ob. cit.*, pág. 99): “La formación de agregados sociales con ordenamientos específicos propios, cuyo origen no está en conexión con el Estado, es un fenómeno que suele observarse sólo respecto a algunas figuras típicas o de mayor relieve, cuales son, por ejemplo, ciertas organizaciones corporativas de la Edad Media y sobre todo, las grandes sociedades religiosas, y la primera entre todas, la Iglesia romana. Pero, verdaderamente, el fenómeno, salvando las proporcionales diferencias, tiene un carácter universal, porque toda agrupación social tiende naturalmente a engendrar un derecho propio...” Antes, págs. 97/98, DEL VECCHIO subraya el límite entre Estado y sociedad, el límite, diríamos nosotros, de lo impuesto por exigencias de la adjudicación distributiva del bien común con relación a la adjudicación conmutativa y voluntaria de todos los bienes sociales. Dice el autor: “Es verdad, que las voluntades individuales, encontrándose, pueden establecer un límite de las recíprocas exigibilidades (en el que consiste el derecho), aun antes de que exista el Estado e independientemente de él. No sólo como principio abstracto o en el terreno de la pura razón, sino por concre-

Los ordenamientos menores, subordinados al estatal, requieren de la organización que sus miembros establezcan –normas dispositivas– y de las que aquél imponga –normas de orden de público (ver nuestro *Tratado...*, Cap. III, § 23.a)– a los efectos de garantizar su utilidad social.

Más allá de aquella presencia del ordenamiento estatal –que en el sentido expuesto es un ordenamiento mayor, o comprensivo o inclusive– los ordenamientos sociales se rigen por las reglas de la tendencia a la simplicidad de la organización, para no generar cargas de magnitud en sus miembros, y de la reducción de sus efectos jurídicos hacia terceros, para no generar incertezas intolerables para estos últimos y para el mismo funcionamiento del ordenamiento general. Debe advertirse que aquí nos referimos a los efectos jurídicos de la organización como tal en lo que respecta a su regular incidencia sobre la validez de las relaciones jurídicas que aquélla establece con terceros. Éstos sufrirían incertezas si el valor jurídico de dichos negocios se encontrase de manera general y absoluta vinculado con la regularidad de la constitución y actuación de la organización que sustenta al sujeto contraparte.

Pero la complejidad del ordenamiento, cuanto más creciente sea, impondrá un proporcional e inevitable debilitamiento de aquellas re-

---

tas emergencias de la vida y con cierto grado de incipiente positividad, una relación jurídica puede germinar y determinarse entre varios sujetos naciendo de la misma relación, la regla (según el profundo concepto romano...) aquella regla que el Estado, al sobrevenir, atribuirá a sí mismo, por una especie de exclusividad que se hace necesaria a fin de asegurar la unidad del sistema. Que éste sea el verdadero orden de las cosas, aparece no sólo de las fases históricas ya pasadas, sino también de la moderna. Cuando, por ejemplo, el Estado declara que los contratos “tienen fuerza de ley para quienes los han celebrado”, es cierto que expresa una voluntad suya, pero solamente en el sentido de reconocer la existencia de una voluntad ajena y de aumentar su eficacia. ¿Debemos acaso, por homenaje a un preconcepto dogmático, afirmar que la voluntad privada de los cocontratantes es en realidad la voluntad del Estado, y que cada uno de ellos, al contratar, es un órgano del Estado? Lo violento de la construcción sería evidente. La verdad es que la estructura jurídica de la relación no debe aquí su existencia, como real entidad, al Estado, sino que tan sólo el Estado es un punto ideal de convergencia, al cual deben referirse todas las determinaciones jurídicas que pertenezcan a un sistema, en cuanto que, sin tal referencia, su unidad positiva aparecería cortada y minada, y las singulares determinaciones no podrían, a su vez, poseer plenamente el carácter de la positividad...” (subrayado del original). Sobre esta argumentación –en nuestro caso concreto, fundada en la regla del art. 1197 del Código Civil– gira gran parte de las tesis desarrolladas en los capítulos I a V de nuestro *Tratado...*, t.I, con el fundamento del orden de repartos según las reglas de la justicia, ya sea distributiva o conmutativa.

glas, es decir, tenderá a apoyarse en organizaciones más extendidas y estructuradas y con mayor incidencia jurídica sobre las relaciones con terceros, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las sociedades anónimas comerciales, en especial aquellas que cotizan en bolsa<sup>11</sup>.

En consecuencia, el estudio de la organización, tanto desde el punto de vista de la ciencia de la administración (ver en el *Tratado...*, Cap VI, § 48) como desde su perspectiva jurídica –lo que no excluye los análisis, por demás fundamentales, sociológicos, políticos, económicos y filosóficos– interesa por igual a los sectores público y privado.

Precisamente, si bien la organización en tanto que disposición racional de medios para lograr un resultado de manera eficaz y eficiente es, fundamentalmente, materia de estudio de la ciencia de la administración –la organización es un momento de la administración, tanto que se la ha definido como “el instrumento básico mediante el cual se mantiene en funciones el proceso administrativo”<sup>12</sup>– y por ello responde a criterios comunes tanto para el ámbito público como privado, no puede ni debe olvidarse que, en el caso de la Administración Pública, ésta se encuentra especificada por su naturaleza eminentemente política. Debemos tener siempre presente que la Administración Pública es el mismo Estado, un sector orgánico funcional de la compleja estructura estatal y que lo estatal es necesariamente político, ya que la realización del bien común es una tarea específicamente política<sup>13</sup>.

Es así entonces que, aun sujeta a principios científicos comunes, la organización administrativa, cuando se trata del sector público, se encuentra condicionada, influida, dirigida, por reglas y necesidades políticas que, dado que ésta fundamentalmente se realiza a través de un ejercicio prudencial, nunca podrán ser fijas.

Ahora bien, cuando analizamos la organización desde la perspectiva de su régimen y, sobre todo, efectos jurídicos, las diferencias entre el sector privado y público son todavía más notables, como veremos en los siguientes párrafos.

---

<sup>11</sup> Sobre el particular, ver la excelente y ya clásica monografía de COLOMBRES, Gervasio R., *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

<sup>12</sup> DIMOCK, Marshall y DIMOCK, Gladys, *Administración Pública*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1967, pág. 188.

<sup>13</sup> Ver nota n°19 e *infra* § 6, especialmente puntos D) y E).

Sintetizando lo expuesto, es posible advertir que la organización puede ser estudiada desde dos enfoques: como medio de producción y como elemento del ordenamiento jurídico.

### **3. La organización como medio de producción**

Es un hecho comprobable por simple observación que todo grupo persigue una finalidad común a sus miembros<sup>14</sup> y a la vez es también un dato de la experiencia, que todo grupo posee una organización puesta al servicio de aquella finalidad común.

La finalidad del grupo es, por tanto, siempre productiva, se expresa o manifiesta en productos. Con ello queremos significar que el resultado de los esfuerzos unificados genera o produce algo para el grupo, y a través de éste, para sus miembros individualmente considerados.

En algunos casos lo producido consiste en un efecto beneficioso exclusivamente para los miembros del grupo, sin incidencia –por lo menos directa– sobre terceros, como pueden ser los casos de grupos de lectura y discusión filosófica, o de apoyo psicológico o espiritual, etcétera<sup>15</sup>. En otros casos, el grupo, para lograr un beneficio propio (en definitiva, de sus miembros) produce bienes o servicios para terceros, como los grupos industriales, comerciales, deportivos (si es que prestan espectáculos públicos) religiosos, políticos, etcétera. Algunos tendrán una finalidad lucrativa, otros no; pero en todo caso, satisfacen sus finalidades con prestaciones –bienes o servicios– hacia personas ajenas al grupo.

<sup>14</sup> Nos referimos a los grupos en donde la unión de sus miembros –generadora del grupo– es necesaria para la obtención de los fines que los individuos no pueden lograr por sí solos. No se trata entonces, como ya vimos, de grupos accidentales, meros conglomerados ocasionales de mujeres y hombres, como los espectadores de un evento público, los pasajeros de un medio de transporte colectivo o los paseantes en un espacio público. En todos estos casos el logro de la finalidad individual es indiferente al hecho grupal: se puede contemplar un espectáculo, utilizar un medio de transporte público, pasear por un parque, solo. Basta la existencia de un servidor, un empleado o un guardia de seguridad. En todo caso la organización es la que se pone a disposición del espectador o usuario. En aquellos casos, entre los que disfrutan agrupados de los beneficios de una organización en principio ajena (esto requiere de matices en el caso del dominio público) no hay una finalidad de logro común, sino, simplemente, una finalidad coincidente. En estos grupos accidentales, los miembros son meros sujetos pasivos y substancialmente involuntarios del hecho grupal. En los grupos propiamente dichos, los miembros son sujetos activos y voluntarios, es decir, dan y mantienen voluntariamente la vida del grupo.

<sup>15</sup> Aun estos grupos requieren de cierta organización: un lugar de reunión, fechas preestablecidas, programas de trabajo, un coordinador, etcétera.

La producción, tanto considerada como beneficio del grupo o como prestación de bienes o servicios para terceros, se obtiene por la utilización de determinados medios o elementos que, por estar al servicio de aquélla, se denominan “medios de producción”: personal, instalaciones, equipos, materiales, capital financiero, etcétera. Todos estos elementos son elegidos y establecidos coordinadamente, reiteramos, al servicio de la producción a través de, precisamente, la organización. Así el grupo es organizado mediante la adecuada disposición de los elementos o medios de producción, en un proceso donde la misma organización adquiere “substancia” propia –aun cuando intangible– convirtiéndose, ella misma, en otro medio para la producción.

Considerada de esta manera, la organización adquiere una dimensión táctica y estratégica de trascendencia en el proceso productivo. Ella es determinante a los efectos de maximizar la eficacia y eficiencia del grupo, es decir para lograr el producto deseado y para hacerlo de la mejor manera posible con el mayor ahorro o el mejor aprovechamiento de los otros medios disponibles.

En este sentido, como hemos señalado arriba, organizar es casi sinónimo de administrar, o por lo menos, es uno de los aspectos centrales de la administración del grupo<sup>16</sup>. Los servicios contables, las estructuras para las “decisiones de mercado”, las plantas o niveles para la producción del bien o la prestación concreta del servicio, las áreas de planificación de políticas de personal, las de gestión financiera, las de compra y venta, los niveles decisorios –y hasta los mismos procesos para la toma de decisión– son todas sub-organizaciones de la entera organización del grupo, tanto que el grupo es, en sí mismo, una organización global que utiliza a sus propias organizaciones internas para el eficaz y eficiente logro de sus resultados o productos.

Por lo expuesto, como ya hemos dicho, la organización ocupa un lugar central en los estudios de ciencia de la administración, tanto pública como privada. Debemos recordar, al respecto, que la Administración Pública –en realidad, todo el Estado– es una gran productora de bienes y servicios, donde la organización, amén del valor jurídico que luego analizaremos, es un aspecto central de la gestión, con eficacia y eficiencia, de los asuntos públicos<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Aun cuando corresponda separar el área de administración propiamente dicha –contabilidad, personal, compras, etc.– del área de producción, de manera que la primera actúa en función de apoyo de la segunda, lo cierto es que, desde una apreciación global, la producción misma precisa de ser organizada, es decir, administrada. En conjunto, ambas forman parte de la organización del grupo.

<sup>17</sup> Como ya hemos visto, la organización es un concepto dinámico, no sólo por su dirección hacia un resultado –lo que da idea de movimiento– sino por su perma-

Este elemento, el organizativo, es aún más complejo en la Administración Pública, no sólo por su tamaño, pluralidad institucional u organizativa (complejo de organizaciones con o sin personalidad jurídica bajo la jefatura común, en nuestro caso, del Presidente de la Nación) y heterogeneidad de fines inmediatos y concretos que persigue<sup>18</sup> (mediatamente y de manera genérica es siempre el bien común) sino, como ya vimos, por la importancia determinante del elemento político aun dentro del mismo sistema organizativo. Éste viene signado por la forma de gobierno, por las exigencias democráticas y participativas, por el juego natural del proceso democrático de toma de decisiones en una estructura fundamentalmente representativa, de base electoral y de competencia partidaria por el ejercicio del poder.

En la Administración Pública, la organización es también una herramienta para el ejercicio del poder, es decir, una materia que no sólo debe ser estudiada por la ciencia de la administración sino también por la ciencia política<sup>19</sup>.

nente necesidad de adaptación a las exigencias del entorno, fundamentalmente del constituido por los terceros hacia los cuales se dirige la producción de la organización, es decir, por el mercado. Las necesidades a satisfacer cambian de acuerdo con las circunstancias, como también cambian las condiciones de disposición de los restantes elementos de producción, como la preparación del personal, los medios tecnológicos, el aprovechamiento del capital, etcétera, lo que impone la imperiosa necesidad de la adaptación de la organización, su permanente reforma. Esto también explica la idea de la Reforma del Estado —que fundamentalmente es reforma de la Administración Pública— como un proceso permanente y de grave exigencia democrática, según lo adelantamos en el *Tratado...*, Cap. II, § 18.

<sup>18</sup> Conf. SUBIRATS, Joan, *La Administración Pública como problema. El análisis de políticas públicas como propuesta*. Documentación Administrativa n° 224-225, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, octubre 1990-marzo 1991.

<sup>19</sup> Las formas o sistemas de gobierno —no interesa aquí precisar esta terminología— influyen determinadamente sobre el comportamiento de la Administración Pública, tanto que según SHARKANSKY, Ira, *Administración Pública*, Mexico, Asociados, 2da. ed., 1974, las decisiones de los poderes legislativo y judicial, como también las emanadas del nivel político del ejecutivo, deben tomarse como “insumos” en el proceso de la toma de decisión administrativa, sobre lo que volveremos mas adelante. El punto también ha sido analizado por los NIGRO (Félix y Lloyd) en *Administración Pública moderna*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1981, págs. 12 a 19. Más adelante los autores analizan la relación entre la política y la Administración (pág. 19) destacando la evolución del pensamiento científico sobre el tema, desde la desconfianza u oposición a tal relación —expresión de la errada y utópica idea acerca de un cuerpo administrativo estatal absolutamente profesionalizado e independizado de la política— hasta la más realista aproximación que asume a esa relación como un hecho objetivo y natural, acompañado de vicios y virtudes. El reconocimiento de esta realidad es el punto de partida para tratar de disminuir los vicios y acrecentar las virtudes. Debe notarse, precisamente, que los prime-

#### 4. La racionalidad de la organización

Pero, aun cuando se trate de una realidad de mucho mayor complejidad, la Administración Pública admite la aplicación de reglas y principios organizativos que, substancialmente, son los mismos que rigen para las administraciones privadas. En definitiva, en todos los casos, se trata de desarrollar y llevar a la práctica un modo racional<sup>20</sup> —el mejor posible— para incrementar la eficacia y eficiencia de la organización, lo que es sinónimo de una buena administración.

Al mencionado desarrollo racional —en algunos casos excesivamente racionalista— dedicaron sus esfuerzos las distintas escuelas que estudiaron los métodos de organización de los grandes grupos humanos productivos.

---

ros no se generan exclusivamente por la influencia de los políticos —ya sean de la rama ejecutiva o de la rama legislativa del gobierno— sobre los administradores profesionales, influencia no siempre practicable teniendo en cuenta la temporalidad de los cargos políticos y la falta de herramientas de la que los políticos habitualmente adolecen para enfrentar por sí solos, sin el concurso determinante de la burocracia, los problemas administrativos. La influencia real, muchas veces, sucede al revés: es de los administradores —profesionales sin origen y responsabilidad democrática alguna— sobre los políticos, que siempre serán considerados por los primeros como unos advenedizos, ignorantes en la materia, volubles y acomodaticios a las circunstancias. Los autores antes citados destacan esta situación: “Es más, dado que la política es ‘el proceso mediante el cual se obtienen y ejercitan tanto el poder como la influencia’ (citan a Pfiffner y Sherwood), los funcionarios públicos se mueven en este ambiente dado que, tratan de alcanzar el poder así como el obtener la influencia correspondiente con los legisladores y ante los grupos de presión, a favor de los programas que ellos administran”(pág. 28). Es decir, los administradores —la “línea” burocrática— nunca son políticamente neutrales, aunque pudiesen ser “apartidistas”. De hecho, cuanto más profesionalizada está la “línea”, más apartidista es, pero también es, en mayor medida, portadora de intereses propios no siempre coincidentes con los intereses del electorado y sus representantes. El problema planteado, teniendo en cuenta la decisiva influencia de la Administración Pública en las sociedades modernas, es un indudable desafío para la vigencia del sistema democrático. Los británicos LYNN, Jonathan y Jay, Antony, en su extraordinario *Sí, Ministro*, vol. 1 y 2, Barcelona, Ultramar, 1986, supieron expresar esta situación con gran agudeza y humor al relatar las desventuras del imaginario Ministro James Hacker y sus luchas con el funcionario de carrera Sir Humphrey Appleby. En esta fantástica sátira política y por medio de un finísimo humor inglés, se destaca la constante de la lucha por el poder de decisión, en este caso encarnados los bandos por un lado en el atribulado ministro político, quien debe soportar las presiones permanentes del Parlamento, del Primer Ministro, de sus colegas del Gabinete, de los partidos políticos (el propio y el de la oposición) y, sobre todo, de la prensa, mientras desde el otro bando se lo pretende manipular (no siempre con éxito) por el funcionario de carrera, quien domina todos los hilos del aparato burocrático del ministerio y cuenta con el apoyo de sus colegas de las otras áreas ministeriales, pasando en gran medida inadvertido para todos aquellos factores que alientan el “estrés” del ministro. Finalmente cabe preguntarse

En realidad, las teorías acerca de la organización —teorías que fueron llevadas a la práctica con mayor o menor éxito— nacieron, como pensamiento también “organizado”, con el desarrollo del sistema industrial de fábrica y de empresa económica en gran escala<sup>21</sup>, es decir, en función de las necesidades del originario capitalismo industrial<sup>22</sup>.

En esta formulación primera se destaca, a finales del siglo XIX, la teoría de la “dirección científica” de Frederick Taylor quien pretendió —y en gran medida logró— desarrollar un enfoque estrictamente racional de la organización que con frecuencia fue denominado como “el modelo de la máquina”, es decir, la concepción de la organización como una especie de maquinaria —en definitiva un sistema— donde cada pieza cumple con una función determinada, sin una necesaria visión del conjunto. El sistema pretendía reemplazar un modelo de organización —el existente dentro de la economía corporativista— en cierto sentido anárquico, en el que cada trabajador participaba del integral proceso productivo, y así decidía acerca de los métodos de trabajo a seguir y herramientas a emplear, de acuerdo con criterios tradicionales que hacían de su tarea una suerte de ejercicio artesa-

---

se: en los modernos gobiernos de gran complejidad organizativa ¿quién gobierna realmente? ¿los políticos o los burócratas?. Esta es la pregunta que se hace —ya en un tono académico— WALDO, Dwight, en *Teoría política de la Administración Pública*, Madrid, Tecnos, 1961: “¿Quiénes deben gobernar” es, precisamente, el título del Capítulo VI de la obra. La respuesta de Waldo no es concluyente y posiblemente no pueda serlo de una manera absoluta, habida cuenta que, de hecho, ambos gobiernan. El esquema ideal es el del político conductor y el del administrador asesor y ejecutor de las decisiones del político. Éste es un juego inestable de fuerzas que debe ser permanentemente ajustado. El tema puede ser ampliado en GUY PETERS, B., *La Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1995, especialmente los capítulos I, III y VII. Volveremos sobre estos temas, infra, § 6 no sin dejar de puntualizar aquí, con Dimock y Dimock, *ob. cit.* pág.103, que “Toda la administración gubernamental funciona dentro de un medio político. Ya se trate del puesto inferior del servicio civil o de los más altos cargos políticos, el medio político es un hecho central en la vida administrativa de los funcionarios gubernamentales”.

<sup>20</sup> La organización es una disposición racional de medios, lo que la convierte en valorable por el ordenamiento jurídico, conf. BERTI, *ob. cit.*, *La Pubblica Amministrazione...*, pág. 80, nota 19: “...la juridicidad de la organización se inicia en el momento en el cual ésta deviene en racional...”

<sup>21</sup> NIGRO y NIGRO, *ob. cit.*, pág. 128, a quienes seguimos en el punto; ver págs. 128 a 155 de la obra citada.

<sup>22</sup> El advenimiento del capitalismo industrial significó una “reorganización”, decididamente revolucionaria, de toda la vida social y política. En lo social, baste con considerar el urbanismo y su profunda incidencia demográfica y política, con la formación de grandes conglomerados de viviendas pobrísimas en las vecindades de las fábricas. También fue modificado el sistema de trabajo, la noción de autoridad dentro de la fábrica —el capataz— el esquema familiar, etcétera.

nal. Sin duda, ésta era una concepción, podemos decir, personalista o personalizante del trabajo, pero que muy mal encajaba con las necesidades del industrialismo naciente: eficacia y eficiencia en las producciones masivas destinadas a competir en el mercado.

En la teoría de la “dirección científica”, fuertemente racionalista, predomina el sistema y no el hombre. Éste debe limitarse a cumplir con su parte del trabajo, conforme a lo estipulado por la dirección que es, e incluso esto parcialmente según los niveles jerárquicos en una organización estratificada, la única que tiene la visión completa del conjunto productivo. Es la concepción del “trabajador engranaje” que debe realizar sus trabajos de una manera repetitiva y carente de toda creatividad. Sólo a la dirección le corresponde definir los alcances de cada tarea, del conjunto de repeticiones permanentes, definición que se encuentra destinada a identificar el *one best way*, el único y mejor procedimiento en el conjunto de la producción.

Pueden encontrarse aquí las primeras aproximaciones antropomórficas de la organización, diseñada así anatómicamente, con partes específicas mecánicamente al servicio del todo, y también los principios que luego iban a ser desarrollados y aprovechados por Henry Ford en su modelo de la “línea o cadena de montaje” (ver *Tratado...*, t. I, Cap. VI, § 48).

Los principios básicos del “modelo de la máquina” son los siguientes: a) la división del trabajo y la especialización, que se refleja en una estructura organizativa “departamentalizada” y subdividida (departamentos, secciones, unidades); 2) la unidad de mando y la centralización de la toma de decisiones; 3) la autoridad en un sentido único, ejercida de arriba hacia abajo a través de la línea jerárquica; 4) el control según los niveles de división de la estructura.

Sin contradecir al taylorismo y su *one best way*, el sociólogo alemán Max Weber desarrolló —en realidad comprobó, utilizando el resultado de sus verificaciones para la construcción de un modelo teórico— su concepción del “tipo ideal” de organización, también de matriz racionalista, si bien no dirigida al fenómeno productivo fabril, como los anteriores, sino especialmente al modelo administrativo en sentido restringido, estrictamente servicial a la fase productiva propiamente dicha. Este modelo se caracteriza por los siguientes rasgos: a) la división del trabajo o distribución de competencias; b) la estructuración jerárquica; c) la regulación o previa definición por reglas o normas —o aun precedentes de conductas— de los modos y contenidos del trabajo a realizar; d) la impersonalidad en las relaciones

internas; e) la selección en base a la competencia a los efectos del ingreso en el empleo.

Volveremos sobre el análisis weberiano de la burocracia aunque podemos adelantar que tanto las ideas de Taylor como las de Weber, más que preceptivas, son descriptivas de una realidad social que nace espontáneamente de la mera organización racional de un grupo de trabajo. Ciertamente, por lo menos hasta la irrupción informática, el método tayloriano y su versión “burocrática” en Weber, constituyen el indiscutible e insuperable *one best way*.

Aún dentro del esquema de la organización racionalista y burocrática, otros autores, como los de la Escuela de Harvard, bajo la dirección de Elton Mayo, enfocaron a la organización como un “sistema social” o entramado de “relaciones humanas”, donde el incentivo personalizado hacia el trabajo —que es variable de acuerdo a las circunstancias y no necesariamente económico, y que debe ser descubierto y apropiadamente utilizado y fomentado por las jerarquías de la organización— como la existencia de las “organizaciones informales” que subyacen en el seno de toda organización formal, y que pueden impulsar u obstaculizar el desempeño de la organización formal, y la “ética del grupo”, que se desarrolla espontáneamente de abajo hacia arriba, tienen tanto “valor” o aptitud productiva como los esquemas racionalistas descubiertos por Taylor y Weber.

En la misma línea se encuentran las teorías del denominado “humanismo industrial” con su idea de la “organización centrada en el hombre”, que también alienta toda forma de incentivo personalizado a los efectos de incrementar la eficacia de la producción.

Más modernamente y ya no tanto como una escuela propiamente dicha sino como un conjunto de métodos organizativos, se han desarrollado diversos modelos denominados “gerenciales”<sup>23</sup>, incluso en las mismas administraciones públicas. Aquí se destacan las siguientes notas: a) predominio de las definiciones estratégicas o proceso decisorio orientado y definido por resultados; b) descentralización; c) flexibilidad organizativa y de procedimientos; d) competitividad, incluso dentro de las mismas estructuras o dependencias de la organización general; d) responsabilidad por los resultados.

Según Falcao Martins estas notas pueden encontrarse por igual en tres concepciones ideológicas de la Administración que, en la reali-

<sup>23</sup> FALCAO MARTINS, Humberto, *Administración pública gerencial y burocracia. La persistencia de la dicotomía entre política y administración*, www.clad.org.ve, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, Brasil, 1997.

dad, coexisten, aun dentro de los mismos sistemas unitarios. Así la ortodoxa –muy identificada con las concepciones de Taylor y de Weber– con gran distinción entre los niveles políticos y burocráticos de la organización; la liberal que en definitiva, con el mismo esquema organizativo, vincula en mayor medida a las decisiones estratégicas de la Administración con las exigencias del mercado, relativizando la distinción entre políticos y burócratas y otorgándoles a estos mayores responsabilidades políticas con gran utilización del método de decisión basado en la ecuación costo-beneficio; la empresarial, con una mayor orientación técnica en el proceso decisorio, aunque sin llegar a configurar el modelo tecnocrático que analizaremos en el punto 6. Esta última visión muestra una tendencia hacia la producción de bienes y servicios públicos conforme a las exigencias del mercado (lo que la asemeja a la mencionada anteriormente) aunque sin renunciar a una suerte de potencialidad tanto selectiva como impulsora por parte de la propia organización pública.

Como ya hemos señalado, ninguna de las posturas o escuelas enumeradas en este párrafo excluye de manera absoluta a las otras: todas son complementarias. Posiblemente el modelo weberiano continúe siendo el más perfecto, especialmente en su aplicación a la Administración Pública<sup>24</sup>, ya que encaja perfectamente con la idea de la “Administración de legalidad” o Administración estricta y objetivamente sometida a la norma.

<sup>24</sup> WALDO, Dwight, en *Administración Pública*, págs. 68 y sigs., México, Trillas, 1978, menciona, y relativiza la tesis de Ludwig VON MISSES, *Bureaucracy*, Yale, 1944, según la cual la diferencia entre la Administración Pública y las privadas reside en que estas últimas tienen “un incentivo y un método de cálculo”, que es la utilidad económica lograda por la organización, criterio que es inaplicable a la Administración Pública, la que carecería de un método válido para calcular la eficiencia de su “producción”. Es cierto que la eficiencia de la Administración Pública –de las administraciones públicas– no puede valorarse desde la perspectiva del beneficio económico. Los bienes que produce son muchas veces intangibles –por ej., el incentivo de ciertos valores morales, que constituyen una riqueza social– como también lo son muchos de sus costos. Sin embargo, podemos argumentar nosotros, existe un “producto” de la acción administrativa que, en principio puede encontrarse en el objeto de la competencia de cada órgano, en las finalidades previstas por las normas –partiendo de la Constitución– a los efectos de autorizar sus decisiones. Los costos pueden tener distintas mediciones, desde las estrictamente presupuestarias, mensurables en dinero, hasta otros, como los políticos, etcétera. Responder a la pregunta ¿cuántos medios han sido empleados para obtener el resultado querido por la norma? es una manera de medir la eficiencia de una organización pública. De todas formas, esta valoración –y aquí radica, es cierto, la principal diferencia– es siempre y en última instancia política: el juicio de la opinión pública, de los administrados, del electorado. Es de notar que las administraciones privadas carecen de “administra-

Tanto en el campo público como en el privado, sin embargo, la moderna sociedad informática es capaz de producir cambios revolucionarios en los modelos organizativos. La organización del trabajo “en red” puede, incluso, modificar el ambiente en el que aquél se desarrolla, el que puede trasladarse del ministerio o de la empresa al domicilio de los empleados, como también alterar la materialidad –y velocidad– de los procesos de toma de decisión, la tramitación de expedientes, las relaciones jerárquicas, la publicidad de los procedimientos y actos, etcétera.

Lo expuesto no significa, como veremos luego, que el modelo de organización burocrática se encuentre totalmente superado, o que resulte inconveniente mantenerlo. El desafío para los expertos en la materia –que hoy deben complementarse con los expertos en sistemas informáticos– consiste en desarrollar un sistema de organización burocrática –es decir una organización “regular” o sometida a reglas preexistentes, profesionalizada, jerarquizada, previsible, etcétera en red. Esto es parte de la reforma administrativa, siempre entendida como un proceso permanente destinado a adaptar el sistema a su entorno, es decir, a sus necesidades funcionales.

## 5. Los principios de la organización

Bajo la perspectiva expuesta en el párrafo anterior deben analizarse los clásicos principios de la organización<sup>25</sup>, de gran valor incluso para las organizaciones públicas. Estos principios tienen también una importante trascendencia jurídica, ya sea por su utilidad interpretativa como, y conjuntamente, por su valor como fundamento de diversas instituciones del Derecho Administrativo.

- Coordinación: se trata de la disposición ordenada de los esfuerzos de los miembros del grupo, que permite la unidad de acción<sup>26</sup>

---

dos” (los accionistas de una sociedad anónima que cotiza en bolsa sólo se encuentran interesados por los dividendos y el valor de sus tenencias accionarias) mientras que en las administraciones públicas la felicidad (un concepto por demás intangible) de aquél conjunto heterogéneo de personas –y de intereses que sustentan– es la finalidad de la acción de la organización.

<sup>25</sup> Seguimos a WALDO, *Administración Pública*, pág. 109 y sigs. Ver también ALVAREZ RICO, Manuel, *Principios constitucionales de organización de las administraciones públicas*, Estudios de Derecho Público, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1986, pág. 20 y sigs. y BERTI, *ob. cit. La pubblica Amministrazione...*, págs. 75 a 78, especialmente nota 14.

<sup>26</sup> HERVADA, Javier, *Diritto Costituzionale Canonico*, Milano, Giufrè, 1989, pág. 175, se refiere a la “unidad de actividades”, directamente vinculada con la “distribu-

en la persecución de la finalidad común<sup>27</sup>. Este principio es tan importante para toda organización que hasta puede afirmarse que es la esencia de esta última –toda organización implica la coordinación de las actividades y papeles de sus miembros<sup>28</sup>– y que absorbe al resto de los principios, que, así, no serían más que aproximaciones de detalle o particularizaciones de la misma. De la coordinación se derivan otros principios, como el de la gradación jerárquica o de escala, de la competencia, de la delegación y avocación, de la centralización y descentralización, de la concentración y desconcentración, que son de gran trascendencia en el ámbito de la Administración Pública y de sus relaciones jurídicas, como mencionaremos más adelante.

- Autoridad o jerarquía: es el supremo poder de coordinación, y su fuente, aunque se encuentre distribuida en los niveles –escala gradual– exigido por la misma coordinación<sup>29</sup>. Aún distribuida, como señalamos, en niveles, el centro jerárquico importa en general una concentración de competencias, de manera que los

---

ción de funciones” dentro del grupo –nosotros, provisoriamente, diríamos “distribución de cometidos”– que permite distinguir a una organización de una masa de individuos meramente ordenada.

<sup>27</sup> ALVAREZ RICO, *ob. cit.*, p. 73, cita a Fayol para quien coordinar “es darle armonía y equilibrio al todo, es asignar a las cosas y a las acciones sus proporciones, es adaptar los medios a los fines y unificar esfuerzos y hacerlos homogéneos.” La coordinación tiene una indudable trascendencia sistémica, como lo destacó el Tribunal Constitucional español en sentencia del 18 de abril de 1982 (ALVAREZ RICO, *ob. cit.*, pág. 81): “La coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema.” La importancia de la coordinación para toda organización resulta clara si advertimos que un aspecto central de la actividad de organizar es establecer los centros de actuación (órganos) y sus cometidos (competencias) lo que desde ya exhibe la trascendencia jurídica, no sólo productiva, del principio de coordinación. Insistimos en que, siempre desde una perspectiva global, administrar, organizar y coordinar son momentos de una misma actividad social.

<sup>28</sup> BERTI, *ob. cit.*, pág. 90, nota 28, (la coordinación) “no es un instrumento para organizar, es un modo de ser, esencial, de la organización. Un núcleo organizatorio de coordinación es científicamente necesario para construir la organización”. Al establecer la relaciones entre competencias diversas, la coordinación permite la coexistencia de los “poderes” que se ejercitan a través de aquellas competencias (ver págs. 94 y 97). La competencia tiene un aspecto “coordinatorio”, en la medida que también expresa una relación entre “poderes” u órganos productores de actos con relevancia jurídica (pág. 94, nota 32). En último análisis –afirma BERTI (pág. 74)– la organización puede ser reconducida a un orden de competencias, siempre entendiendo a éste desde un punto de vista dinámico, de actuación o producción de actos con efectos jurídicos.

<sup>29</sup> Hasta un equipo de fútbol, que es una organización, debe actuar en forma coordinada, y así posee una autoridad: el “director técnico”, que define la “doctrina” (tácticas y estrategias) del grupo y el “capitán” que fundamentalmente se responsabiliza por la disciplina de los integrantes del equipo en el campo y los representa ante

órganos inferiores gozan de una competencia derivada y parcializada de la genérica que corresponde al centro jerárquico, que así actúa como elemento de unificación o de síntesis de las competencias distribuidas en la escala gradual<sup>30</sup> de la estructura administrativa.

- Servicio mutuo: la organización es siempre una “comunidad de intereses” que genera obligaciones de asistencia recíproca. Cuando los integrantes internos de la organización no se confunden con los titulares o beneficiarios de la acción del grupo, como ocurre con las administraciones públicas, la comunidad de intereses hacia el interior de la organización depende de que sus miembros asuman tales objetivos como propios –la “doctrina” de la organización tiene que ser asumida como la “doctrina” de cada uno de sus miembros– lo que permite la afloración de los elementos funcionales del “servicio mutuo”, como la cooperación, la integración, la relación funcional, el funcionamiento integrado, la solidaridad, etcétera.
- Doctrina: se trata de la definición del objetivo del grupo, pero también la definición de los medios o procedimientos para lograrlo. Sin estas “doctrinas”, el grupo no puede existir como tal, sería un mero agregado de individuos que desorganizadamente ponen en juego sus esfuerzos individuales. La definición de la doctrina puede tener una base autoritaria –nace de la cúspide de la organización para ser aceptada por la totalidad del cuerpo organizado– o democrática, cuando es establecida por la totalidad o mayoría de los integrantes de la organización o de sus beneficiarios. Pero, en cualquier caso, es necesario que la doctrina sea sentida por cada miembro como propia, lo que hace que el miembro se identifique con el grupo, se “embandere”<sup>31</sup>, cuestión que es uno de los objetivos principales de la teoría de las “relaciones humanas”<sup>32</sup>.

---

el árbitro del juego. La autoridad del grupo mantiene la existencia de éste aun cuando se encuentren en suspenso sus objetivos externos, como ocurre –ejemplifica WALDO (*ob. cit.*, págs. 109 y 110)– con las fuerzas militares en tiempos de paz. Este objetivo interno (encontrarse preparados para la movilización de guerra) es “eficiencia organizada”. “Existe –dice Waldo– una constante necesidad en la organización, esencial para la existencia de la organización misma” que no es otra cosa que la necesidad de un principio de autoridad o centro de poder organizador.

<sup>30</sup> BERTI, *ob. cit.*, págs. 120 y sigs., especialmente nota 60.

<sup>31</sup> En términos “fútbolísticos” diríamos que cada miembro del grupo debe “ponerse” –y “sentir” y “sudar”– la “camiseta”, sentir el orgullo por la divisa propia, que es el orgullo por la propia organización. Las naciones –o sus fundadores– supieron utilizar (en el buen sentido de la palabra) estos incentivos psicológicos, con la bandera, la escarapela, el himno y otros “símbolos patrios”.

<sup>32</sup> La organización “informática” a la que hacíamos referencia antes, en la medida que rompa con la vinculación personal del grupo, puede conspirar contra la

## 6. La burocracia

### *A) Delimitación del campo de estudio*

Una organización adecuada exige la aplicación de los principios que hemos estudiado en el párrafo anterior los que, como vimos, pueden resumirse en el de la coordinación de esfuerzos, de manera que los restantes, también enumerados en el lugar citado, pueden perfectamente considerarse particularizaciones de aquél.

Aquella es una coordinación que no puede nacer de manera espontánea, casi casual. Se trata de una integración armónica de trabajos deliberada, con un fin o fines (sobre todo intermedios) prefijados, con definición de los instrumentos aptos para alcanzarlos, sobre todo de los medios personales.

La organización es, entonces, una coordinación racional de esfuerzos, donde se destaca la intervención del factor humano en el conjunto. Se coordinan los esfuerzos de los que integran la organización, lo que, en el caso de la estatal, nos enfrenta con la necesidad de efectuar una distinción. Son miembros de aquella todos los ciudadanos o súbditos o administrados (como quiera llamárselos), es decir, el pueblo organizado como base "natural" o "física" de la organización devenida en ordenamiento. Cada uno de los miembros del pueblo sin duda compromete su esfuerzo coordinado, según las exigencias del ordenamiento, para el logro del bien común y de la idea directriz de la organización.

Pero aquella, recordemos, adquiere en el sistema-ordenamiento un valor propio en tanto que elemento del mismo. Ya en este plano —es decir, como elemento del ordenamiento— la base física de la organización se reduce enormemente: son miembros, no ya todo el pueblo, sino sólo el sector del mismo que actúa en el interior de la organización, prestando su esfuerzo personal —su fuerza de trabajo— para el

---

asunción, también personalizada, de la doctrina. Debe lograrse, en todo caso, siquiera una mínima vinculación física, naturalmente por sectores, ya que en una organización compleja sería materialmente imposible tal vinculación de todos sus integrantes. Nótese que la religión —que infunde una doctrina común entre todos los creyentes (pensemos en nuestro "Credo")— se vive, en la mayor parte del tiempo individualmente, sobre todo en el caso de los laicos, con oraciones, actos de contricción y obras o acciones dirigidas a terceros, pero individualmente decididas y ejecutadas. Pero la misma doctrina hace sentir a los creyentes que son parte de una organización, los embandera, sin descuidar la necesidad de una regular vinculación física, como la que se logra con asistencia a misa, independientemente de su finalidad salvífica, y a otros actos de culto.

logro de los objetivos de aquélla, fenómeno que no se presenta sólo en una organización pública sino en cualquier otra donde los beneficiarios de la acción de la misma sean distintos de los que trabajan para ellos.

Así, entonces, se repite en el plano personal lo que antes señalamos en el plano estrictamente organizativo: el pueblo organizado en Nación da vida al ordenamiento general que lo engloba en su totalidad; aquél, a su vez, puede ser distinguido, en una visión particularizada, en el ordenamiento específicamente estatal o público –integrado por los funcionarios o las personas que cumplen cometidos funcionales a la organización global– y el ordenamiento social, integrado por la totalidad de las personas a las cuales aquellos cometidos sirven.

Este factor personal de la organización puede ser también distinguido en dos niveles principales<sup>33</sup>. El primero es el político, de conducción, de definición de la doctrina o doctrinas de la organización<sup>34</sup>, que puede o no confundirse con el grupo fundador. Debe aquí aclararse que este último define la idea directriz, mientras que la doctrina se refiere siempre a estrategias o tácticas –donde hay una sucesión escalonada de objetivos concretos a alcanzar y sus medios de obtención– pretendidamente apropiadas para servir a la idea directriz. Este nivel es ajeno a la burocracia como estamento organizativo, aunque deba proceder, ya lo veremos, fundamentalmente conforme a métodos burocráticos<sup>35</sup>.

El segundo nivel es el propiamente burocrático, el dedicado específicamente a la elaboración y desarrollo material de los procedimientos destinados a la toma de decisión y, en general, a servir y asistir a los decisores a fin de facilitarles el cumplimiento de sus cometidos<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Estos pueden aceptar, a la vez, varias subdivisiones especialmente jerárquicas, cuyo estudio detallado es ajeno a nosotros.

<sup>34</sup> Como señalamos en el texto, lo mismo puede ser predicado en una organización privada, especialmente en los casos en que el grupo conductor representa a los directamente beneficiarios de la organización, como ocurre con los directores de una sociedad por acciones con relación a los accionistas de ésta.

<sup>35</sup> En los regímenes políticos totalitarios de partido único donde este último se confunde con el Estado, como en los comunistas, era perceptible una burocratización del nivel político, es decir una transferencia “cultural” de los valores propios del estamento burocrático al estamento político, desplazando los valores propios de éste. Volveremos sobre el tema.

<sup>36</sup> La división entre los dos niveles no es, en la realidad, absoluta. Como vemos existe una gran influencia del estamento burocrático en el contenido de la decisión, además de que, en cierta medida, el nivel político no se puede excluir asimismo de verse involucrado en la realización de las tareas materiales.

Mediante la expresión burocracia se quiere indicar, entonces, al estamento o sector personal de la organización —empleados, funcionarios— que cumple con su tarea conforme a determinados procedimientos, precisamente denominados burocráticos. Al modelo de organización que identifica al tipo de funcionamiento del grupo organizado, basado en aquellos procedimientos cumplidos o llevados a cabo mediante aquella especie de personal, se lo denomina, lógicamente, organización burocrática<sup>37</sup>. Éste es el campo de delimitación de nuestro rápido estudio.

### **B) El pensamiento de Max Weber. El modelo burocrático**

Hasta la aparición de la obra de Weber que más específicamente trata el tema de nuestro interés —*Economía y sociedad*, 1922— las dos escuelas teóricas más importantes que se habían adueñado del pensamiento del Siglo XIX hasta el final de la Primera Guerra, la liberal y la marxista, contemplaban a la burocracia desde una perspectiva

<sup>37</sup> Cabe destacar que simplemente describiremos el modelo, el cual, a su vez, es una descripción esquemática y “fácilmente manipulable” o de sencilla utilización instrumental de una realidad compleja ya existente (*Tratado...*, t. I, Cap.VI, § 54). Es decir, obviamente Weber no es el “inventor” de la burocracia; su mérito es la descripción y valoración de un sistema ya existente en la realidad. Explica NIETO GARCÍA, Alejandro, *La Burocracia*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, págs. 67 y sigs., que esta expresión deriva de la palabra latina “bure” o pieza de lana, en definitiva “el paño de tela que cubre la mesa en la que se despachan los negocios oficiales”. De *bure* deriva la palabra francesa *bureau*, seguramente el antecedente más cercano a nuestro término “burocracia”. *Bureau* es, por extensión, la mesa cubierta por el *bure* y cualquier tipo de escritorio. También el recinto donde se encuentran los escritorios o muebles destinados a servir a la escritura. En los siglos XVII y XVIII se comienza a utilizar el neologismo de *bureau*, *buraliste* para indicar a diversas categorías de empleados administrativos. Hacia mediados del siglo XVIII “la fértil imaginación de de Bernard de Gournay pone en circulación dos nuevas declinaciones del término: *Bureaumanie* (“una enfermedad que padece Francia, llamada buromanía”) y *bureaucratie*, que busca intencionalmente la connotación de la aristocracia y democracia aristotélicas.” La palabra burocracia adquiere así una significación crítica, peyorativa —que García Nieto la encuentra originada en la reacción de la vieja aristocracia contra la nuevas formas de organización social y política— sentido que perdura —quizás agravado— hasta nuestras épocas. Seguramente fue Max Weber el que otorgó, de manera más exitosa, una significación técnica a la palabra burocracia, y sin duda, como veremos, de alta valoración positiva. Para Mosher, Frederick y Cimmino, Salvatore, “La Ciencia de la Administración”, Madrid, Rialp, 1961, pág. 73, burocracia viene del latín *burrus*, que indica un color obscuro y triste; de ahí pasó al francés *bure*, o pieza de tela, y luego sigue la evolución que conocemos. DEL VECCHIO, Giorgio, en el apéndice dedicado a la “Burocracia y servicio a la Nación”, *ob. cit.*, *Crisis del Derecho y crisis del Estado*, pág. 219, con mucha elegancia señala: “La palabra burocracia no es solamente ... un cómodo barbarismo; es también un barba-

fuertemente crítica<sup>38</sup>. Para los primeros la burocracia significaba la instalación de una maquinaria estatal destinada a intervenir en la –por naturaleza– libre esfera privada de los ciudadanos. La burocracia era una carga ineficiente e improductiva soportada por los tributos impuestos por los burócratas que influían determinantemente en las decisiones estatales para, en gran medida, satisfacer a su propio sostén, prejuicio que aún hoy no se encuentra del todo abandonado. Para los marxistas, la burocracia no dejaba de ser un instrumento de dominación de la clase propietaria y capitalista sobre la proletaria. En definitiva, el Estado liberal, burgués y capitalista, no podía ser sino burocrático, de la misma manera que no podía ser sino represor.

Weber<sup>39</sup> realiza una aproximación neutral, eminentemente sociológica, de este modelo de organización y de producción, especialmente vinculado al modelo capitalista de principios del siglo XX. Así,

---

rismo polémico, casi una caricatura verbal, que toma su sabor del anacrónico injerto de un moderno vocablo francés en otro griego muy antiguo. ¿Qué es ese *poder de las oficinas*, que no se encuentra ni en las clásicas teorías de las formas de gobierno, ni en la distinción o separación de los poderes?...Con ella se quiere designar, en sustancia, no tanto las atribuciones, como los defectos, verdaderos o presuntos, de las oficinas administrativas y de quienes pertenecen a ellas, en una determinada organización del conjunto del Estado.”

<sup>38</sup> NIETO GARCÍA, *ob. cit.*, pag. 478 y sigs.

<sup>39</sup> MAX WEBER, alemán, 1864-1920, fue uno de los sociólogos –también, sin duda, puede ser considerado un economista y politólogo, aunque siempre desde una visión fundamentalmente sociológica– más notable del cruce de los siglos XIX y XX. En *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, 1904/05, especialmente, Weber aportó una visión original en orden a explicar el nacimiento y consolidación del capitalismo, relacionándolo con el predominio de la por él denominada “ética protestante”. Según lo resume el profesor mexicano MOLINA GARCÍA, Cuauhtémoc, *La teoría de la Administración; Max Weber y la burocracia*, <http://cmg-uv.tripod.com/MAX.htm>, México, Universidad Veracruzana, Xalapa, 1998, para el sociólogo alemán, “ el cristiano protestante (...considera que...) el trabajo duro y arduo es un ofrecimiento a Dios...una forma de expiación del pecado original. A partir de esta visión del mundo, otras ideas complementarias apoyan la ética del capitalismo: la actitud puritana y ascética hacia la vida personal y social, la frugalidad como sustento del ahorro (que es la base del capital social) entre otras visiones, constituyen los cimientos de la reinversión de las rentas excedentes, en lugar de su gasto suntuoso, en lugar del consumismo como símbolo de falsa vanidad y prestigio personal y social.” Seguramente son muchas más las razones que explican el nacimiento de una nueva concepción de una forma organización social –y no sólo económica– como un todo. Aquélla, como cualquier otra, comienza a ser influida por distintos elementos culturales donde la cosmovisión y especialmente la ética religiosa ocupan un lugar destacado. Luego la nueva concepción se impone por su propio éxito, el que muy probablemente se encuentra incentivado por el ambiente favorable producido por aquellos valores culturales. Pero no podemos dejar de reconocer que en los medios intelectuales católicos existió, hasta

el corazón del sistema se encuentra en la racionalidad entendida como la adecuación entre los medios y los fines. “Las organizaciones son núcleos de trabajo; en las organizaciones, a un hombre se le paga para que actúe y se comporte de una manera preestablecida y minuciosa. El trabajador, animado por el espíritu burocrático –que es la base del capitalismo sustentado en la ética protestante– será un componente racional de la estructura industrial; sus emociones, sus anhelos psicológicos quedan al margen puesto que su devoción al trabajo está plenamente apoyada en sus anhelos de salvación.”<sup>40</sup> Así la “racionalidad” como signo de los nuevos tiempos inaugurados –culturalmente– por Lutero y Calvino, se expresa tanto en el “capitalismo”, como en la “ciencia moderna” y la “burocracia”, “las tres íntimamente ligadas entre sí en su génesis y en su devenir”<sup>41</sup>. Se trata aquélla de una racionalidad meramente formal<sup>42</sup>, es decir vinculada con el método de trabajo dentro de la organización y no con su resultado, frente

---

no hace mucho, una fuerte desconfianza hacia el sistema capitalista, el que, sin embargo y dentro de los límites de las imperfecciones humanas, se ha demostrado, en las actuales condiciones socio-culturales, como el mejor en orden a la generación y distribución de la riqueza. Quizás también, en un actitud cultural que refleja un fondo católico distorsionado, existe, en las comunidades de base católica, como una cierta desconfianza hacia el éxito, lo que se encuentra más neutralizado en las protestantes, donde el éxito y la riqueza expresan también una suerte de gracia o elección preferencial divina. Para los católicos los pobres son los elegidos de Dios –la “opción preferencial por los pobres” es una gran manifestación de amor apostólico, pero debería comenzar, culturalmente, por una “opción táctica por los ricos” (sin abandonar el aspecto pastoral, por supuesto) que son los que, al generar riqueza, hacen que haya menos pobres– mientras que para los protestantes, en general, los pobres son personas desgraciadas, hasta “predestinadas” a la pobreza, a ser “perdedores”, a las que, simplemente, hay que ayudar, y no alabar como un prototipo humano. Naturalmente que es posible la síntesis, y así de hecho ocurre. Pero esa “cosmovisión”, siquiera de manera inconsciente, influye sobre la predisposición hacia la acumulación de la riqueza, hacia la consideración del rico como un “ganador” –lo que también representa un desaliento a la envidia– y no como un maléfico explotador y, seguramente, corrupto. No debemos olvidar que son los ricos –es decir, los formadores del capital– los que movilizan la economía, generan puestos de trabajo y progreso social. Debo reiterar que esta es una crítica a una concepción distorsionada de las bases culturales del catolicismo y que se expresa socialmente, seguramente cada día menos, de una manera inconsciente, aunque sea el sustento ideológico de grupos “tercermundistas” y “populistas” todavía diseminados en nuestros países latinoamericanos.

<sup>40</sup> MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*

<sup>41</sup> MOLINA GARCÍA, *ob. cit.* “De hecho –agrega la autora– son también, para Weber, la explicación del progreso y del desarrollo social y económico de ciertos países como Inglaterra, Holanda y Alemania.”

<sup>42</sup> NIETO GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 480, a quien seguimos en lo fundamental de su síntesis del pensamiento weberiano.

al irracionalismo de otros métodos organizativos, basados en la tradición, en la sangre o parentesco, etcétera.

Luego de analizar los conceptos de “orden social” y “legitimidad”, la base de la teoría burocrática descansa en la idea de “asociación” “entendida como una relación social en la que el mantenimiento del orden viene garantizado por la conducta de un director y, en su caso, de un aparato administrativo”<sup>43</sup>. En toda asociación hay, entonces, un “dominador” y un “dominado”, una relación de dominio que es “legítima” cuando aquellos dos términos subjetivos “creen” –por la razón que sea– que es de derecho para unos mandar y para los otros obedecer tales órdenes. En el dominio basado sobre la autoridad legítima se practica un poder o “potencial para ejercer influencia sobre otras personas”<sup>44</sup>, aunque no todo ejercicio del poder se base, en la realidad, en relaciones de dominio legítimas. Frente a los modelos donde la legitimación del poder se encontraba en la tradición o en el carisma, se presenta otro donde aquélla es “racional, legal o burocrática”<sup>45</sup>, donde “la obediencia se basa en unas reglas racionales de general aceptación.”<sup>46</sup> Así, “cuando el actuar social se apoya en tal legitimación, su expresión orgánica es la burocracia.”<sup>47</sup>

En una organización donde la dominación legítima se articula a través de un aparato o estructura –es decir, el modelo considerado en su punto de estabilidad– burocrática, se pueden advertir la vigencia de los siguientes principios:

- se establecen normas abstractas e impersonales que son aceptadas por todos los miembros del grupo;
- la autoridad, al mismo tiempo que manda, está sometida a esas normas;
- los subordinados no obedecen al superior, sino a las normas y sólo en cuanto se obligan como miembros del grupo, es decir, no existe una relación de dominio personal, indeterminada, de naturaleza estamentaria;

<sup>43</sup> Ibidem, pág. 484.

<sup>44</sup> MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*

<sup>45</sup> Ibidem. Ya vamos advirtiendo cómo la concepción burocrática desarrolla un modelo de organización adaptado al nuevo orden político nacido con la Revolución Francesa, como también se adaptará a las necesidades del industrialismo y capitalismo.

<sup>46</sup> NIETO GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 486.

<sup>47</sup> Ibidem.

- en consecuencia, la obediencia sólo se refiere a las órdenes emanadas dentro de una competencia racional y objetivamente limitada<sup>48</sup>.

De lo expuesto se siguen determinadas consecuencias de tipo organizativo y que, especialmente, configuran una especial metodología de trabajo:

- los asuntos se desarrollan de manera reglada y dentro de una competencia predefinida, lo cual implica un ámbito de deberes determinados por una distribución objetiva;
- una jerarquía orgánica, es decir, un orden de autoridades de mando y de control, que pueden corregir, incluso a pedido de parte interesada, las decisiones de los inferiores;
- los asuntos se llevan según determinadas reglas de procedimiento, ya sean técnicas o jurídicas, para cuya aplicación racional se requiere de una capacitación especializada, cuyo dominio es propio de los funcionarios o cuerpo de burócratas;
- los burócratas no son propietarios del cargo ni de los medios de trabajo; todo pertenece a la organización;
- la tramitación de los asuntos debe ser formal, documentada, sólo así se puede comprobar el respeto por las reglas, en especial las de competencia y procedimiento, lo que obliga a la forma escrita y a la unión ordenada y secuencial de los documentos escritos en cuerpos denominados expedientes.

Dentro de este esquema, Weber ya alcanza a destacar la distinción entre el nivel político y el nivel profesional, dentro del aparato burocrático. Los jefes son, generalmente, quienes han alcanzado su posición gracias a un acto de apropiación, designación o elección, pero siempre ejerciendo competencias legales. En cambio, los funcionarios reconocen las siguientes características:

- están profesionalizados;
- viven de su trabajo profesional burocrático;
- son designados por los superiores de acuerdo a reglas preestablecidas;
- realizan una carrera de ascensos en la escala jerárquica que mejora su posición dentro de la organización, su prestigio social y su nivel de retribución;
- sirven a la organización de manera plena, a “tiempo completo”;
- actúan de acuerdo a reglas impersonales de procedimiento<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Ibidem, págs. 486 a 488.

Con estas bases, para Weber, la organización burocrática resulta de un diseño científico que persigue la más absoluta eficiencia y que puede describirse según el siguiente modelo<sup>50</sup>:

- carácter abstracto e impersonal de las normas que la rigen, de manera que exista una “estandarización” de las funciones de la organización, precisamente para fomentar y facilitar la economía y la racionalidad;
- carácter formal de las comunicaciones internas y externas, con su procedimiento escrito y archivado en un cuerpo único por tema;
- racionalidad en la división del trabajo, no sólo en la distribución formal de competencias sino con puestos o cargos perfectamente definidos en nombre, categoría, funciones generales y específicas, autoridad y responsabilidad, todo ello conforme a manuales de organización, métodos y procedimientos; de esta manera se obtiene una gran economía de procedimientos casi “tayloriana” o quizás “fordiana”, teniendo en cuenta que, así, el procedimiento decisorio de las administraciones se asimila a la línea de montaje industrial;
- impersonalidad en las relaciones de trabajo que, además de las notas ya señaladas (profesionalización, cargo impersonal, etc.) se manifiesta también en la “estandarización” de rutinas y de desempeños;
- jerarquía o principio de autoridad, según también reglas abstractas e impersonales;
- rutinas y procedimientos de trabajo “estandarizadas” en reglas y manuales; lo que aumenta la eficiencia y facilita el control: el desempeño y el rendimiento es fácilmente evaluable según los patrones predeterminados en los manuales;
- comportamientos de trabajo, que se trasladan al contenido de las decisiones, conforme a las reglas escritas y a otras no escritas denominadas “precedentes”;
- competencias técnica y “meritocrática”, que permiten medir la aptitud del candidato al ingreso o ascenso en la carrera según patrones también predeterminados;
- concepción de los administradores como un cuerpo profesional, separado de los propietarios de los bienes de la organización y de los usuarios de sus productos;
- previsibilidad del desempeño de los funcionarios y de sus resultados.

<sup>50</sup> MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*

Finalmente, debemos agregar otro elemento al modelo, que puede muy bien servir, incluso, de síntesis lógica de los restantes o de gran parte de ellos. La burocracia, especialmente en las organizaciones públicas, tiende a girar en derredor de una racionalidad determinantemente jurídica, que encaja perfectamente –casi retroalimentándose– con el Derecho Administrativo.

### **C) Burocracia y tecnocracia**

Tomamos prestado el título de un excelente libro de García Pelayo<sup>51</sup>, para utilizar también su análisis comparativo de estas dos estructuras organizativas, si es que la tecnocracia puede ser así calificada.

La tecnocracia puede ser definida como el sistema social en el cual los gobernantes “se justifican a sí mismos por apelación a los expertos técnicos, quienes, a su vez, se justifican a sí mismos por apelación a las formas científicas de conocimiento”. Y contra la ciencia no existe apelación alguna<sup>52</sup>.

Aparece así una nueva clase política, la “tecnócrata”, compuesta por especialistas en procesos productivos y en management<sup>53</sup>; economistas, ingenieros, administradores de empresa que pretenden encontrar y exhibir una base absolutamente científica en todas sus decisiones y que, con tal vestimenta, la imponen a los políticos abrumados por la complejidades de la vida moderna.

Desde esta perspectiva, la tecnocracia no es esencialmente distinta de la burocracia, aunque desplace a la “racionalidad predominantemente jurídica”, característica de esta última, por una “racionalidad predominantemente técnica”. En definitiva, llevadas a un plano exorbitante, sacadas del lugar servicial que les corresponde frente a la política, ambas tratan de otorgarles un valor absoluto a las explicaciones racionales, olvidando que la conducción política es prudencia, negociación, aproximación, consenso, oportunidad e imaginación creativa.

Sin embargo también pueden ser distinguidas, como vimos, por la diferente racionalidad o lógica que emplean en su funcionalidad.

<sup>51</sup> GARCÍA PELAYO, Manuel, *Burocracia y Tecnocracia*, Madrid, Alianza, 1974.

<sup>52</sup> *Ibidem*, pág. 32.

<sup>53</sup> Ver NIETO GARCÍA, *ob. cit.*, Cap. VI. Sobre el “management técnico”, pág. 647 y sigs., quien lo analiza desde sus precedentes “tayloristas” (aunque estos no eran tecnocráticos en sentido propio) en adelante.

La racionalidad técnica es distinta de la burocrática, altamente “juridizada”. Ésta se apoya, como hemos dicho, en reglas abstractas y generales; quiere actuar con apego a ellas independientemente del resultado. En cambio, en el mundo de la “técnica” las reglas son aquellas científicas que corresponden a los objetos manipulados; no existe legalidad sino corrección o acierto en el resultado; la organización, sus jerarquías, procedimientos, cargos, etcétera, no dependen de normas anteriores sino de las necesidades concretas de cada tema a resolver<sup>54</sup>. Así, la tecnocracia es absolutamente flexible –salvo en lo que hace a la aplicación de las reglas científicas– pero también totalmente imprevisible y a-jurídica.

#### ***D) Valoración de la burocracia. La preeminencia de la decisión política***

Quizás la última nota mencionada sea la más destacada característica identificatoria del modelo burocrático: la previsibilidad –que no deja de ser un aspecto de la racionalidad de las conductas– lo que también asimila el modelo a la lógica interna del capitalismo y del Estado de derecho. La relación costos-beneficios que debe ser analizada antes de emprender cualquier actividad capitalista, es decir, antes de decidir la inversión de capital, requiere de la previsibilidad de las condiciones económicas (por lo menos, de las dependientes del medio social más cercano) y de las condiciones jurídicas<sup>55</sup> y políticas. A la vez, las libertades básicas también exigen, como garantía de su respeto, previsibilidad del sistema jurídico, como la democracia exige la previsibilidad del sistema político de toma de decisiones, de elección de gobernantes, etcétera. Es decir, el capitalismo, la democracia, el

<sup>54</sup> La comparación detallada, “modélica”, se encuentra en GARCÍA PELAYO, *ob. cit.*, pág. 30.

<sup>55</sup> Este aspecto lo destaca muy bien una sentencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, en el caso “United States v. Winstar” 518 U.S. 839 que tuvimos ocasión de comentar brevemente en Barra, Rodolfo C.; “Responsabilidad del Estado y seguridad jurídica”, diario *Ámbito Financiero* del 25 de setiembre de 1966. Esta decisión debe ser especialmente tenida en cuenta en el momento de analizar el instituto de la responsabilidad del Estado, y también al estudiar la naturaleza de la relación jurídica administrativa y su “sustantividad”. Sin perjuicio de ello, el caso “Winstar” implica, en sí mismo, una fuerte definición del valor de la previsibilidad del comportamiento del Estado en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, principios que son fácilmente trasladables al conjunto del funcionamiento del ordenamiento jurídico y de su sector público en particular, donde el procedimiento burocrático para la toma de decisión tiene una trascendencia especial.

Estado de derecho y la burocracia, forman un conjunto, un sistema, que califica al ordenamiento jurídico todo<sup>56</sup>.

La esencia del modelo burocrático es, entonces, la racionalidad del método de trabajo dentro de la organización, racionalidad que es la nota constante de las distintas escuelas de ciencias administrativas según lo mencionáramos rápidamente, *supra* N° 4.

Como ya vimos, el gran mérito de Weber consistió en saber plasmar en un modelo descriptivo una organización racional del trabajo en general y del desempeño administrativo en particular, cuya bondad se impone de una manera obvia.

Ya veremos la enorme importancia que lo anterior tiene al trasladarlo al plano jurídico. Elementos integrantes de la decisión estatal —sin bien con gradaciones, nos referimos a las decisiones estatales en cualquiera de sus formas jurídicas, como fuentes del ordenamiento— tales como la competencia y el procedimiento, o la misma concepción de la “Administración de legalidad” se encuentran íntimamente vinculados al modelo burocrático que, no sólo debe ser valorado desde un punto de vista estático sino sobre todo dinámico. Es decir, no es sólo organización, sino organización al servicio de la producción, producción que en nuestra materia es la toma de decisión con efectos normativos.

Por supuesto que el burocrático no es un sistema perfecto, ya que no existe tal en la realidad humana. La burocracia sufre específicas “disfunciones”<sup>57</sup> que provocan ineficacia en la obtención de los resultados e ineficiencia en cuanto a la relación costos invertidos y benefi-

<sup>56</sup> Si eliminamos uno de estos elementos o alteramos sus relaciones mutuas, el sistema-ordenamiento cambia. El soviético era también un sistema altamente burocratizado, un capitalismo de Estado, con reglas de poder político preestablecidas. Pero no era un Estado de derecho. Es decir, no se debe confundir burocracia con capitalismo o con democracia. Aquella es un elemento que si bien puede ser funcional para distintos ordenamientos —p. ej., en el llamado “Estado de policía”— salvo para algunos de organización más rudimentaria y de base personalista, patrimonial y carismática, como el feudal, etcétera, es perfectamente funcional al sistema democrático capitalista. Sobre el particular, DEL VECCHIO, *ob. cit. Crisis del Derecho...*, apéndice. FRIAS, Pedro J., “Algunos problemas que suscita la burocracia en el Estado moderno”, *El Derecho*, Derecho Constitucional del 22/3/02, advierte claramente aquella relación funcional: “En el proceso de racionalización del poder, la objetividad del mando permitió, entre otras realidades sociales, el nacimiento del constitucionalismo moderno y de la burocracia, entendida, claro está, no como empleomanía al modo argentino, sino como órgano de ejecución de la política del gobierno.”

<sup>57</sup> MOLINA GARCÍA, *ob. cit.* Sobre el estudio del modelo y sus disfunciones, también SAUVY, Alfred, *La burocracia*, Buenos Aires, Eudeba, 1976.

cios logrados. Así como, según explicaban los clásicos, la demagogia es la corrupción de la democracia y la tiranía de la aristocracia, el “burocratismo” es la corrupción de este sistema de organización que, para la opinión pública, ya nació con un nombre peyorativo, según vimos en una nota anterior.

Estas disfunciones pueden resumirse en el exagerado apego a normas, manuales y precedentes rutinarios, tanto como transformarlos de medios a fines –lo importante es cumplir con la norma, no importan el costo y el resultado– exceso de formalismos y papeleo, muchas veces como excusa para no decidir; resistencia al cambio<sup>58</sup>; despersonalización de las relaciones con ignorancia de las relaciones informales<sup>59</sup>; transferencia de las decisiones a funcionarios de mayor jerarquía o de distinta área de competencia; autoritarismo; “autismo” o tendencia a la autosatisfacción de las necesidades de la organización con falta de consideración hacia clientes y usuarios; tendencia al crecimiento indefinido<sup>60</sup>, etcétera.

Para combatir estas “disfunciones” existen medios técnicos y político-jurídicos. Los primeros han sido siempre estudiados desde la perspectiva de generar formas de competencia entre las distintas oficinas burocráticas, medir su “productividad”, establecer un permanente monitoreo de la relación costo-beneficio o eficiencia del desempeño de la oficina, generar incentivos de mérito y remuneratorios,

<sup>58</sup> Ésta es una actitud humana, en cualquier actividad y no sólo en la burocrática. El individuo tiende a sentirse seguro cuando domina lo que hace. El cambio le significa un desafío, un peligro, una grave sensación de inseguridad. “Quizás esto nuevo no lo sepa hacer; para esto quizás no me necesiten o tomen a otro más capaz o adaptado; el cambio refleja una intención deliberada de desplazarme...”, etcétera. Por eso una organización correctamente conducida debe saber imponer psicológicamente la doctrina del cambio y su conveniencia, preparando a los empleados y ejecutores para ello, con un adecuado entrenamiento y haciéndoles creer que ellos son una pieza clave para la introducción de las nuevas rutinas, con adecuados incentivos de prestigio y remuneración.

<sup>59</sup> También aquí se trata de una realidad humana que el conductor de la organización debe saber constatar y aprovechar. Él debe convertirse en el centro, y también conductor, de las relaciones informales y aprovecharlas para el bien de la organización.

<sup>60</sup> Esto no es sólo producto del “clientelismo” político, que también influye muchísimo, sino de la tendencia de las organizaciones a justificar su existencia con la asunción de nuevos cometidos, reales o fictos, con consiguiente crecimiento del personal. En esta visión distorsionada, cuanto mayor sea el personal de la organización –no tanto la global sino de las dependencias o divisiones internas– más importante se la considera.

etcétera<sup>61</sup>, en todo lo cual deben tener un papel destacado las estructuras de control, especialmente, en nuestro caso, la dependiente del Congreso, como ocurre con la Auditoría General de la Nación.

Los medios político-jurídicos deben tender a responsabilizar al conductor político de la organización —es decir, quien se encuentre fuera del nivel propiamente burocrático— por los resultados logrados por aquella, poniendo en sus manos los instrumentos adecuados para escapar, fundadamente, del papeleo, la rutina, el precedente, aunque siempre respetando “normas marco” de actuación. Esto nos introduce en el meollo del procedimiento decisorio, en el instituto de la discrecionalidad cuyo estudio, que debe ser encarado de manera especial, no corresponde en este momento.

Sin embargo, es oportuno ahora adelantar algunas argumentaciones al respecto. Centrando nuestro análisis exclusivamente en las burocracias de las organizaciones públicas, sin perjuicio del empleo de aquellos medios técnicos de corrección de sus “disfunciones”, lo esencial del modelo debe ser respetado, ya que de lo contrario se afectaría la seguridad y la previsibilidad indispensable para la vigencia del Estado de derecho. Aun más, se correría el riesgo de “saltar” la línea divisoria entre los niveles político y burocrático, dejando la decisión en cabeza de funcionarios sin ningún nexo con los niveles representativos democráticos. Aquí la expresión “burocracia” adquiriría sí la plenitud de su significado semántico, pues pasaríamos a ser gobernados, en la práctica, por las oficinas administrativas.

La burocracia —es decir, las notas destacadas del modelo, que enumeramos más arriba— es un costo imputable a la Administración de legalidad, a la garantía de la adjudicación o reparto del bien común según las exigencias de la justicia distributiva, al respeto de los derechos de los administrados frente a la Administración. Además, a pesar de sus “disfunciones”, siempre corregibles y que siempre deben estar en proceso de corrección, hasta el presente no se conoce un mejor método de administración de los asuntos del Estado<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Estos se encuentran muy bien resumidos en la obra de NISKANEN, Willian A., *Cara y cruz de la burocracia*, Madrid, Espasa-Calpe, 1980. Un buen proyecto para llevar a cabo estos criterios se encuentra expresado, en nuestro país, por el “Plan Nacional de Modernización” aprobado por el decreto 103/01, que comentamos en el *Tratado...*, t. I, Cap. 2, § 18, nota 56, en el marco del estudio de lo que hemos llamado la necesidad de la reforma permanente del Estado.

<sup>62</sup> No se trata sólo de un modelo organizativo propio de la Administración Pública, aunque principalmente a ella corresponda. El proceso judicial reconoce, en ciertos aspectos, importantes notas burocráticas, aunque matizadas por la trascen-

Pero la responsabilidad política —que por definición es dinámica, innovativa, imaginativa— corresponde a los políticos. Son estos los que realmente deben conducir el aparato burocrático. Para ello hace falta valentía y, por supuesto, conocimientos. Los necesarios para decidir, cuando así corresponda, en contra de lo aconsejado por la “línea”, para aprovechar las salidas normativas en orden a adoptar caminos y soluciones imaginativos, flexibles. Para disponer abreviación de plazos, de tramitaciones no substanciales, sancionar las demoras y tramitaciones injustificadas, generar en sus subordinados una cultura de la eficacia y la eficiencia. Sobre todo, ante la “línea” imponer su responsabilidad de conducción: saber escuchar, saber mandar, saber asumir la responsabilidad de los procedimientos y de las decisiones. Todo esto se encuentra, como puede fácilmente advertirse al estudiar los institutos correspondientes, autorizado por las normas. Basta con aplicarlas<sup>63</sup>.

En aquel punto se encuentra la línea divisoria entre la burocracia —y también la tecnocracia— y la política: en el momento, en la fuerza, en la creatividad de la decisión. Creemos que este límite no debe ser anulado, ya que importa una distinción “sistémicamente” útil.

---

dente intervención de las partes y la, en definitiva, decisión solitaria de los jueces, aún en los tribunales colegiados. El proceso legislativo tiene un mayor dinamismo político, con muy pocos elementos burocráticos.

<sup>63</sup> Es en cierta medida lógico que los funcionarios burócratas no quieran asumir ciertas responsabilidades, ya que éstas son propias de la conducción política. Cuando el político no lo hace, a pesar de que para ello está en el cargo, el burócrata tiende a enmascarar la indecisión con el papeleo y formalismo “burocratista”. Con esto se protege él mismo y no molesta al político, que naturalmente se encontrará cómodo en esa situación. No decidir nada, dejar que lo haga otro, es la ley del timorato. Debo reconocer que esta actitud tan común se encuentra acrecentada por una grave situación de corrupción que nos envuelve, que es la juczialización de la política. Esa es la verdadera corrupción, que lleva la lucha política al terreno de las permanentes denuncias penales, sin fundamento en la gran mayoría de los casos, aunque de gran acogida por la prensa. En ese “medioambiente” altamente viciado, se encuentra más expuesto el político que decide, especialmente cuando lo hace con soluciones imaginativas, que quien no hace nada, como si le faltaran las manos. Precisamente esta idea es reflejada con inteligencia por una gran película cinematográfica protagonizada por Marcello Mastroianni, “Ojos negros”, donde el personaje central, por él encarnado, recorre las más lejanas provincias de la Rusia zarista con la intención de lograr un cierto permiso industrial. En una ocasión se enfrenta con un funcionario de jerarquía decisoria ante cuya entusiasta aprobación expone su proyecto. Cuando llega el momento de firmar, el funcionario sube sus puños hasta taparlos con las amplias mangas de su casaca rusa y mirándolo desolado le dice a Mastroianni: “No puedo firmar, no tengo manos”.

Mientras el político debe caracterizarse por la fuerza y la voluntad de realización, el burócrata —y el adecuado modelo burocrático— es el contrapeso necesario frente a aquella energía en estado casi puro. El proceso burocrático genera tiempos, siempre necesarios para la reflexión, sustentabilidad técnica de la decisión, que debe encontrarse adecuadamente “causada” y “motivada”, garantías de respeto por el ordenamiento normativo; en síntesis, vigencia de la “Administración de legalidad”.

Pero todo sistema actúa armónicamente y con una suerte de retroalimentación entre sus distintos elementos. Si a los funcionarios les corresponde “calmar” a los políticos, es deber de éstos “agitar” a aquéllos y, llegado el caso, asumir la responsabilidad de decisiones discrecionales tomadas en los tiempos exigidos por las distintas situaciones a enfrentar que, por otra parte, se encuentran autorizadas por el mismo ordenamiento.

Es cierto que, sobre todo en las cuestiones técnicas complejas, el político a cargo de una organización administrativa —ministro, secretario de Estado— puede sentirse “prisionero” de la “línea”, que, si bien respondiendo con un cortés y sumiso “sí ministro” (como en la sátira citada en nota 19) finalmente conduce al funcionario político a tomar la decisión —o a no tomar ninguna— que a los propios burócratas interesa. Es que el político muchas veces se siente abrumado por la multitud de problemas a resolver, los conflictos inherentes al debate democrático incluso dentro del propio partido, las presiones de la prensa, etcétera. No tiene más remedio que apoyarse en la línea, es decir, el cuerpo profesional y permanente de funcionarios burocráticos, estructurados según un orden jerárquico por grados, quienes, muchas veces, sólo pueden ofrecer una lealtad personal y política relativas y de compromiso.

La solución que el ordenamiento ofrece o debería ofrecer —siempre parcial y sin perjuicio de lo que hemos dicho en los párrafos anteriores— es darle la oportunidad al político de constituir un cuerpo de asesores con *expertise* o especialidad técnica y compromiso político, para que trabajen juntamente con los funcionarios de línea en el desenvolvimiento del proceso decisorio en los asuntos más trascendentes, con habilitación para emitir dictámenes o pareceres con valor equiparable, aunque no sustitutivo, de los emitidos por los cuerpos consultores permanentes, incluso formando grupos especiales de trabajo con los funcionarios de línea para el tratamiento de aquellas cuestiones trascendentes y hasta actuar en paralelo de las estructuras formales de división de trabajo dentro de la organización.

Se trata del trabajo en *staff*<sup>64</sup> o grupo de funcionarios no permanentes designados *ad hoc* por el político, siempre de manera oficial y remunerada, ya sea para intervenir en una cuestión determinada o por todo el tiempo de su gestión, que puede ayudar a encontrar una síntesis entre la visión burocrática y la política en cuanto a los manejos de los asuntos públicos, naturalmente bajo la conducción y última responsabilidad del político –por tanto, una responsabilidad substancialmente política, de cara al partido y al electorado– elemento imprescindible en todo sistema democrático.

### ***E) Distinción de los niveles políticos y burocráticos***

Para lograr las finalidades señaladas en el apartado anterior, la organización debe hacer un permanente esfuerzo de distinción entre los niveles políticos y burocráticos de su fuerza de trabajo. Entendamos bien esto último. Todos los funcionarios (en sentido genérico) prestan su fuerza de trabajo en beneficio de la organización. En consecuencia los políticos, aunque no se encuentren vinculados con la Administración por un contrato de empleo, no pueden excluirse de la responsabilidad que los obliga a desempeñarse conforme a las reglas técnicas correctas, es decir, deben actuar conforme a los mismos principios técnicos o profesionales que obligan a los burócratas. Pero estos últimos no deben olvidar que los funcionarios con responsabilidad electoral –directa o indirecta– y, por tanto, con legitimidad democrática, son los políticos, lo que debería constreñirlos a ajustarse y servir con lealtad a las finalidades políticas –tácticas y estratégicas– definidas por los primeros.

Éste es el “vaso comunicante” entre los dos niveles, cuya existencia no es obstáculo para la distinción entre ellos, es decir para la distinción entre los niveles del “decisión *making*” y del “decisión *taking*”. Un esfuerzo significativo en tal sentido podemos encontrarlo en la experiencia italiana, que puede, aún críticamente, resultarnos aprovechable.

Por decreto legislativo n° 29 del 3 de febrero de 1993 –luego modificado parcialmente por diversas normas, entre ellas, la más impor-

<sup>64</sup> Ésta es una palabra inglesa que literalmente significa “palo” o “bastón”, de ahí “soporte”, “apoyo”, “sostén”; sin duda en materia de organización deriva hacia la idea de “personal de apoyo”, como en lo militar refiere al personal del “estado mayor”, aun cuando la expresión también puede abarcar el conjunto del personal de la organización y no el sentido restringido –asesores extraños a la línea– que se utiliza en el texto.

tante y que contó con la participación activa de Sabino Cassese, el decreto legislativo n° 470 del 10 de noviembre del mismo año— se disciplinó el régimen “de racionalización de la organización de las administraciones públicas y revisión de la disciplina en materia de empleo público”<sup>65</sup>. La norma que nos interesa especialmente, art. 3, bajo el título de “dirección política-administrativa; funciones y responsabilidades”, reza como sigue: “1. Los órganos de gobierno definen los objetivos y los programas a ejecutar y verifican la correspondencia de los resultados de la gestión administrativa con las directivas generales impartidas. 2. A los dirigentes les corresponde la gestión financiera, técnica y administrativa, incluida la adopción de todos los actos que comprometen a la administración con el exterior, mediante poderes autónomos de gasto, de organización de los recursos humanos e instrumentales y de control. Ellos son responsables de la gestión y de sus resultados. 3. Las administraciones públicas cuyos órganos de vértice no sean directa o indirectamente expresión de representación política, adecuaran sus ordenamientos al principio de la distinción entre dirección y control, por un lado, y de gestión por el otro...”.

<sup>65</sup> Sobre el particular, ver D'ORTA, Carlo, en “La sopraordinazione dei ministri secondo el D.L. 3 febbraio 1993 N. 29”, revista *Foro Amministrativo*, 1994, págs. 1329 a 1347, relata la evolución histórica de esta relación gobierno-burocracia desde los orígenes del Estado nacional italiano, originalmente centrada en un sistema político de estilo inglés, donde primaba la plena responsabilidad de los ministros frente al Parlamento, no sólo por la dirección de la actividad administrativa sino incluso por su ejecución, a la vez que se adoptaba un modelo de organización administrativa napoleónico, centralizado y jerárquico. “Nacía así —indica el autor citado— la equívoca figura del ministro itálico, que enfatizaba el bifrontismo del órgano-ministro (como punto de coexistencia de la actividad política y de la administrativa) intrínseco a todos los ordenamientos.” El modelo subsistió (con variantes más jerárquicas durante el veinteno fascista) hasta la década de 1960/70, amparado incluso en una —para el autor— contradicción entre los arts. 95 y 97 de la Constitución de 1948. Así mientras uno afirma que los ministros son responsables por los actos del propio “dicasterio”, lo que daría impulso al modelo francés, según el otro ordenamiento determina las esferas de competencia, atribuciones y responsabilidad de los “oficios públicos”, lo que daría lugar a una distinción entre los momentos de la “opción política y la actuación cotidiana”. Es en la década del 60 en que se comenzó a impulsar doctrinariamente la distinción, encontrando argumentos integrativos de aquella aparente antinomia constitucional especialmente fundados en el principio de la descentralización administrativa establecido por el art. 5 de la misma Constitución. En 1972 se instituyó la figura de la “dirigencia estatal”, que comentaremos en el texto, y así se llega a la actual reforma que estamos analizando, cuyo antecedente puede encontrarse en la ley del 8 de junio de 1992, n. 142, referida a los ordenamientos locales; conf. BATTINI, Stefano, “Il Personale”, en la obra colectiva dirigida por CASSESE, Sabino, *Trattato di Diritto Amministrativo*, t. I., Milano, Giuffrè, 2000, pág. 335 y sigs., especialmente pág. 481.

La norma se refiere, primero, a “los órganos de gobierno”, lo que parece ser un intento de precisar la expresión contenida en su redacción original, que mencionaba a “los órganos de dirección política”. Este último es seguramente un término más amplio y hasta más ambiguo, ya que pueden existir distintos niveles de dirección política e, incluso, ésta puede ser interpretada de diferentes maneras. Como sea, la reforma al régimen original, utilizo aquella expresión citada más arriba en el lenguaje constitucional (art. 92) tiene un sentido bien preciso: los órganos del Gobierno de la República son el Presidente del Consejo de Ministros y los ministros que lo integran. La práctica permite considerar a otros órganos, como el Vicepresidente del Consejo y, con un grado mayor de discusión, secretarios y subsecretarios. Los ministros “sin cartera” sin duda se encuentran incluidos en la previsión constitucional, que de ninguna manera distingue entre categorías ministeriales<sup>66</sup>. Precisamente es el Gobierno el que adquiere la legitimidad democrática con el acto de “fiducia”, que debe obtener y conservar, por parte del Parlamento (art 94). Mediando esta “confianza”, el Presidente del Consejo con los ministros “dirige la política general del Gobierno” a la vez que “Mantiene la unidad de dirección política y administrativa, promoviendo y coordinando la actividad de los ministros.” (art. 95).

En el siguiente nivel se encuentran “los dirigentes”, figura instituida en 1972 por decreto n° 748 y que comprende a la alta burocracia funcional. D’Orta<sup>67</sup> explica que la “dirigencia del Estado”, que así se denomina, fue articulada en tres categorías jerárquicamente ordenadas: “primer dirigente”; “dirigente superior” y “dirigente general”, aunque podían existir categorías aun superiores en otras administraciones especiales, como por ejemplo la del servicio exterior<sup>68</sup>. Lo buscado por este modelo, complementado y perfeccionado por la norma de 1993, fue excluir a la alta burocracia de la plena dependencia jerárquica con respecto a los ministros, convirtiéndola en un cuerpo de colaboradores del vértice político, dotado de competencias y poderes decisorios en cierto sentido independientes<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Sobre la cuestión de la integración de órganos no ministeriales dentro de la figura del gobierno, ver CRISAFULLI, Vezio y PALADIN, Livio, *Comentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, págs. 571 a 575.

<sup>67</sup> *Ob. cit.*, pág. 1332.

<sup>68</sup> Actualmente la cuestión se encuentra regulada, en general, en el art. 15 del decreto 29, reformado por el 470.

<sup>69</sup> *Ibidem*. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995, quien afirma, pág. 111, que las regulaciones italianas “han desapoderado, pura y simplemente, al personal polí-

Así, entonces, se diferencia de manera cortante el nivel de la conducción política, de donde emanarán los actos de contenido normativo y las directivas destinadas a orientar la actividad de los órganos burocráticos como así también el control y evaluación de su desempeño, del nivel directivo burocrático, encargado de la gestión administrativa propiamente dicha. Ésta comprende, principalmente, el desarrollo del procedimiento administrativo, la adopción —nada menos— de actos administrativos y de toda aquella actividad que compromete jurídicamente a la Administración hacia el exterior de ella misma<sup>70</sup>, incluso con “autónomos poderes de gasto”, como lo establece el art. 3º, apart. 2 de la norma antes transcrita.

¿Se trata de la distinción entre *indirizzo* o dirección y administración de la misma a la que nos hemos referido en *supra* t.I, Cap. VI, § 46, es decir, entre “gobierno y administración”?

Para nosotros gobierno es conducción, la que se ejerce a través de la jurisdicción, de la legislación y de la administración. El gobierno es siempre *indirizzo*, al que hemos llamado “acción de impulso direccionado”, pero un impulso que no es abstracto, sino concreto a través de aquellas tres actividades que, en la organización, se distinguen como funciones constitucionales. La abstracción, aunque nunca de manera absoluta, la tiene aquella que hemos denominado “concepción política”, es decir la actividad de definición de los valores, fines y medios principales para lograrlos, pero la conducción es, reiteramos, principalmente concreta. No se reduce a señalar objetivos que luego van a ser cumplidos o ejecutados por un nivel distinto. La acción de administrar es la continuación necesaria de la conducción en esa rama del gobierno, que puede ser incluso un acto unitario, como lo es en el caso de la legislación, donde el legislador gobierna con la ley que sanciona, o de la justicia, ya que el juez, especialmente la Corte Suprema, gobierna también directamente —y casi exclusivamente— con sus sentencias.

En consecuencia no es posible establecer una distinción tan nítida como la que, en principio, deriva del decreto 29, por lo menos según ha sido esta norma interpretada por la doctrina que hemos recordado más arriba<sup>71</sup>. Debe advertirse —sin perjuicio de que necesi-

---

tico de la facultad de dictar actos administrativos, trasladando tal facultad a los funcionarios de carrera, actuando bajo la orientación política general y con el control de ese personal político....”

<sup>70</sup> BATTINI, *ob. cit.*, págs. 482 y 483.

<sup>71</sup> Las afirmaciones acerca de la intensidad de la distinción son terminantes. Ya hemos escuchado a García de Enterría. También Battini y D’Orta en los lugares

taríamos una adecuada comprobación práctica acerca del funcionamiento del sistema comentado— que mientras, recordemos, los órganos de gobierno definen los “objetivos y programas”, emiten “directivas generales” y verifican el cumplimiento de todo ello, los administradores toman las decisiones concretas, muchas de ellas discrecionales. Estas decisiones, en muchos casos, tendrán efectos económicos, sociales y político trascendentes, sobre las cuales los representantes del pueblo quedan marginados. Es, lisa y llanamente, un sistema tecnocrático, completamente alejado de las exigencias democráticas, lo que no se neutraliza por la potestad de *indirizzo*, teniendo en cuenta que, en las acciones humanas, la relación entre la concepción y la ejecución difícilmente puede ser “matemática”. Tampoco es suficiente el control posterior, que sólo podrá comprobar que la voluntad del político no fue respetada, que el administrador siguió un camino diferente. La nueva instrucción orientada a una también nueva decisión correctora de la anterior, no siempre podrá poner las cosas en la situación anterior, como si nada hubiese sucedido.

Creemos percibir en este diseño una errada concepción doctrinaria —quizás hasta ideológica— previa. Se pretende así la existencia de una “Administración neutral” de la política, exclusivamente técnica, profesional, como una suerte de aplicación del principio de la “Administración de legalidad”, es decir, la Administración sometida a la ley.

Pero, según nuestro criterio, “Administración neutral” y “Administración de legalidad” no son sinónimos ni términos equivalentes.

La obligación de respeto por “la ley”, por la norma jurídica en general, es común a todos los miembros de la organización, es una exigencia vital del ordenamiento que se dirige a todos sus sujetos, tanto en su sector público como en su sector privado. Lo que diferencia a los dos sectores, de cara a tal principio, es la cualidad de tal sujeción: para los privados es sólo una sujeción negativa, para los sujetos públicos se trata de una sujeción positiva, además de la negativa. La Administración, concretando nuestro análisis en ella, no sólo debe abstenerse de lo prohibido, sino que sólo puede, o debe, según los casos, hacer lo permitido por el ordenamiento normativo.

---

citados. El primero, de todas formas, no deja de advertir que hay una necesaria comunicación entre los dos niveles, a través de un mecanismo de participación que los dirigentes burocráticos tienen habilitada sobre la toma de decisión política mediante la figura de la “propuesta” que aquellos deben presentar en el nivel político, y, en el camino inverso, del control ejercido por el nivel gubernamental (pág. 486), lo que otorga cierta circularidad al sistema.

Pero no debemos reiterar el error dieciochesco de creer que la ley —cualquier clase de norma— siempre tiene una y sólo una posibilidad de ejecución. En algunos casos esto es así, en otros no. Precisamente la técnica de la “decisión discrecional” supone optar por la ejecución de una entre varias alternativas válidas, elección que será legítima, pero no siempre políticamente neutral. El beneficio político, tal como éste es entendido por el representante popular, es también un ingrediente a valorar por el decisor en el momento de la toma de decisión discrecional. Ese ingrediente político no puede dejar de ser partidario, ya que en un régimen de partidos políticos, es decir, en un sistema donde la representatividad política se encuentra confiada a los partidos, como constitucionalmente es el nuestro (art. 38 de la Constitución Nacional), la valoración del bien común necesariamente se realizará desde una óptica partidaria, por considerar que el programa y los ideales del partido son los que más convienen al todo social —por ello los partidos existen y compiten entre sí— sin perjuicio del debido respeto al pluralismo, también fundamental en una sociedad democrática y libre.

En esta perspectiva ¿cuál será la neutralidad del administrador burocrático, libre de la sujeción al nivel político? Puede ser política —no siempre, ya que el administrador también podrá tener sus compromisos políticos— podría ser de política económica, o de convicciones religiosas, de valores en general. Pero parece imposible que sea todo aquello a la vez. El administrador no vive —no debe hacerlo— en una campana de cristal, no es un ser aislado de la realidad y de sus problemas, y así, aséptico con respecto a cualquier tipo de juicio de valor. El administrador también tiene que ser un hombre comprometido con algo —no sólo con respecto a las reglas técnicas de su profesión—; de lo contrario, no servirá para nada. En la medida que se encuentre comprometido, siquiera inconcientemente, no será neutral.

Tampoco tomará decisiones neutrales, simplemente porque las decisiones de los seres humanos siempre tienen una orientación subjetiva. Realizará, al decidir, juicios de valor, sólo que sin responsabilidad política, es decir, sin responsabilidad electoral.

Lo paradójico es que esta responsabilidad electoral por la decisión administrativa queda, naturalmente, trasladada al político. Si las decisiones son, a juicio popular u objetivamente, desacertadas, se perjudicará al político y su partido, a través del castigo electoral. El administrador continuará en su puesto, salvo algún supuesto de conducta dolosa o gravemente negligente.

Esto es lo característico de la “tecnocracia”. No es el gobierno neutral de los técnicos, sino el gobierno “partidista” —dicho en general, con respecto a cualquier clase de influencia valorativa, no técnica, en la decisión— de quienes son electoralmente irresponsables.

La no discriminación, el trato igualitario, la objetividad, son todas exigencias del ordenamiento, ajenas a la cuestión de la “neutralidad” en el sentido que la estamos críticamente analizando, es decir, como actitud “a-valorativa”<sup>72</sup>. Lo mismo cabe decir acerca de la imparcialidad. Ésta tiene que ser una imparcialidad subjetiva, es decir, vinculada al trato del administrado o grupos de administrados, con o sin personalidad jurídica. Pero no puede ser una imparcialidad “a-política” o “a-valorativa”. Ésta es sencillamente imposible; la valoración ocurrirá de todas maneras. Lo importante es que no se encuentre enmascarada, aun de buena fe, bajo el disfraz de una pretendida neutralidad técnica.

¿Por qué se exige neutralidad a la Administración y no al Congreso? La ley también tiene que ser respetuosa de la Constitución, de los principios generales de derecho, de la equidad, del derecho natural, de los derechos de las minorías. Pero ello no quiere decir que la ley debe ser políticamente neutra, redactada y sancionada por profesionales bajo el *indirizzo* de los representantes del pueblo.

Con el Poder Judicial la situación es distinta. Éste resuelve litigios entre partes, donde la neutralidad es una exigencia insoslayable<sup>73</sup>. Aun así, las sentencias no dejan de reflejar las opciones concretas de los jueces, sino políticas partidistas, si en el plano de los principios y de los valores. ¿O acaso esto último no se halla en el fondo del debate entre “originalistas” y “no originalistas”, que hemos mencionado en el *Tratado...*, t. I., Cap. VII, § 65, nota 15.

De todas maneras, nuestro régimen constitucional, como hemos visto en el lugar antes citado, Cap. VI, § 51, coloca la responsabilidad del direccionamiento político en cabeza del Presidente de la Nación, mientras que la ejecución de la gestión administrativa se encuentra asignada al Jefe de Gabinete de Ministros (art. 100), y ya en cada

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA se refiere, apoyándola, a “neutralización política”, *Democracia...*, pág. 112.

<sup>73</sup> La Administración, como también el legislador, adjudican el bien común, guiados por los principios de la justicia distributiva, resolviendo los conflictos sociales, no los litigios entre partes. Cuando la Administración realiza una actividad materialmente jurisdiccional, no cabe duda de que deberá asumir la misma conducta neutral que los jueces.

área particularizada, de los ministros respectivos, como lo establece el art. 103 de la Constitución –los ministros deciden en las materias que conciernen “al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos”– y el art. 2° del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos, que confiere amplias competencias a los ministros y órganos equivalentes a los efectos del impulso de la acción administrativa de sus ministerios<sup>74</sup>. Una distinción tan absoluta y tajante como la que mencionáramos más arriba, no sería coincidente con nuestro ordenamiento jurídico.

## **7. La organización administrativa y el proceso de toma de decisión**

En *supra* § 3 hemos contemplado la organización en tanto que medio de producción de los bienes y servicios a los que la voluntad y necesidad del grupo se dirige.

Pero tanto en las organizaciones públicas como en las privadas, la producción supone la previa toma de decisión. Qué producir, cómo, con qué medios, cuándo, para quién, con qué costos, para obtener qué beneficios, cómo balancear tales costos y beneficios para determinar el grado de eficiencia, tanto el óptimo como el posible, con quién competir, en qué condiciones, son las principales preguntas que el grupo conductor o centro de poder de la organización debe responder permanentemente.

Estas respuestas se expresan en decisiones, las que tendrán un grado cualitativamente diverso de libertad y formalidad según se trate de una organización pública o privada, pero siempre serán decisiones. La toma de decisión es por tanto un momento central en el desempeño funcional, dinámico, de la organización. Sin ella, la organización se paraliza y tiende a su desaparición, directamente por la imposibilidad de lograr los fines definidos por el grupo fundador.

Pero la toma de decisión no es un momento aislado. En realidad es fruto de un desarrollo dinámico, que si bien debe generarse en un proceso interno –rígido o flexible, como principios generales, según se trate de organizaciones públicas o privadas– se encuentra necesariamente vinculado con el exterior de la misma organización. Se trata no de una vinculación ocasional o accidental sino integrada de una manera sistémica.

<sup>74</sup> El Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos (RLPA) aprobado por decreto 1759/72, T.O. por decreto 1883/91, es una directa reglamentación del art. 103 de la Constitución, sin necesidad de ley previa, por tratarse de una materia propia de la “zona de reserva” del Presidente de la Nación.

Con lo anterior queremos significar que tal vinculación es el resultado de una integración de elementos, planteada según una específica funcionalidad y determinación recíproca, que en definitiva permiten que la decisión sea la más adecuada a las circunstancias, es decir, que no sea errada. El acierto de la decisión –medido con relación a los intereses de la organización– es la idea fuerza o rectora de este particular sistema.

Estas consideraciones adquieren particular relevancia en el caso de las organizaciones públicas<sup>75</sup>, especialmente cuando pensamos en la organización “estatal” y, dentro de ella, a la que se expresa en la Administración Pública. Mientras en las organizaciones privadas el acierto o error de la toma de decisión sólo incide, de una manera directa e inmediata, sobre los intereses de los miembros de las mismas, en las públicas la incidencia es general, es decir, con efectos directos e inmediatos sobre sus miembros y sobre los terceros o administrados. Con esto queremos significar que las decisiones nacidas en el “sector público” de la organización inciden de aquella manera directa e inmediata sobre los intereses, no sólo de las personas concretas que lo integran –por ejemplo, las decisiones erradas comprometen la permanencia de los funcionarios en sus cargos, especialmente de los funcionarios políticos– sino también de toda la población. Estamos hablando, en síntesis, de decisiones que integran, siempre y necesariamente, el proceso político<sup>76</sup>, cuya sola mención destaca su importancia intrínseca.

<sup>75</sup> Naturalmente, también el acierto de la decisión es trascendental en una organización privada. Pensemos, por ejemplo, en una sociedad comercial que produce bienes o servicios para el mercado. Debe “acertar” con lo que el mercado quiere, según el precio que este se encuentra dispuesto a pagar y hacerlo, además, con ventaja sobre la competencia. Este acierto es, en definitiva, la medida de la eficacia del desempeño de la organización, de su supervivencia, y como tal, se constituye en la idea rectora del sistema de integración de la misma organización con su “medio ambiente”.

<sup>76</sup> SHARKANSKY, Ira, *Administración Pública*, ob. cit., págs. 13 y 14: “El proceso político incluye la formulación, la aprobación y la aplicación de programas de gobierno; une a los administradores públicos con otros muchos participantes activos que tienen intereses creados en la política y que pueden ser funcionarios de otras ramas del gobierno, ciudadanos privados, grupos de intereses, partidos políticos y, a veces, portavoces de gobiernos extranjeros. Asimismo, dentro del proceso político se incluyen las ideas, los recursos, los estímulos y los constreñimientos que influyen en los participantes. El proceso político es dinámico y se ve afectado por intensas controversias. Los participantes arguyen con respecto a los objetivos apropiados del gobierno, sobre los planes adecuados para la obtención de cada objetivo, sobre el efecto probable de los programas del gobierno sobre varios de los grupos de la población, y sobre

Aquellos elementos del sistema administrativo –podemos denominarlo “circuito administrativo integrado para la toma de decisiones”– son los siguientes<sup>77</sup>:

- el medio ambiente, es decir el conjunto de circunstancias exteriores a los administradores de la organización, que incluye la variada gama de fenómenos sociales, económicos y políticos que se presentan ante los decisores y que ellos deben enfrentar, orientar y, en su caso, resolver favorablemente para la organización. Aquí encontramos a los usuarios o clientes, especialmente los administrados, pero también –a estos efectos– los miembros de las otras ramas del gobierno<sup>78</sup> e incluso, los miembros de los otros sectores de la Administración (tomándolos a todos ellos como si fueran elementos exteriores al decisor concreto); incluye también, de manera genérica, al mercado que establece los valores de los bienes producidos por la organización y de los insumos necesarios para producirlos, grupos de intereses, partidos políticos, opinión pública, especialmente la dirigida por los medios de prensa, etcétera. Todo este conjunto heterogéneo de factores identifican las necesidades a resolver, los obstáculos o los incentivos para lograrlo, las oportunidades, etcétera.
- Los insumos (*inputs*). A) Por demandas, son los que se transmiten desde el medio ambiente al seno de la organización, y que, en el caso de las de tipo público, tienen siempre naturaleza política. En general los insumos se encuentran integrados por las demandas de los sectores interesados en una decisión determinada. Éstas se refieren a cuestiones variadas, de contenido político o económico, concretas –determinados servicios, como hospitales, escue-

las implicaciones de ciertos proyectos para otras actividades del gobierno. Muchos de esos argumentos tienen un exceso de emoción y adolecen de escasez de información. A menudo los fijadores de normas toman decisiones importantes sin contar más que ‘una ligera idea’ de los efectos que puedan tener esas decisiones sobre los problemas que han de resolver” (subrayado del original). Se advierte que es central en la toma de decisión el análisis “costo-beneficio”, cuestión sobre la que abundaremos en el lugar oportuno.

<sup>77</sup> Seguimos, en lo conceptual, a SHARKANSKY, *ob. cit.*, pág. 14

<sup>78</sup> Este análisis es, naturalmente, aplicable para las decisiones que deben provenir de cualquiera de las ramas del gobierno. Sin duda los legisladores deben tener en cuenta los elementos que estamos mencionando en el texto, y también los jueces, especialmente cuando se trata de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que, entonces, cuando adjudica los derechos controvertidos en una causa concreta, no puede dejar de considerar los efectos generales de tal decisión.

las, etc.— o genéricas —seguridad, defensa, hasta liderazgo político— y pueden expresarse también a través de múltiples formas, desde las campañas de prensa, las encuestas, las manifestaciones públicas de apoyo o protesta, huelgas, resultados electorales, sentencias judiciales, interpelaciones u otras acciones de los legisladores, etcétera, hasta la petición formal (administrativa o judicial) de un administrado concreto sobre lo que pretende sea su derecho particularizado. B) Por recursos, también provenientes, de manera directa o indirecta, del medio ambiente, que incluyen personal y su capacitación, materiales, tecnología, asignaciones presupuestarias (dinero). Son también y específicamente “recursos” los apoyos del medio ambiente, ya sean formales (las asignaciones de fondos generados en ley de presupuesto, una ley o una sentencia que incentivan una determinada acción administrativa ) o informales, como los apoyos de los sectores interesados, de la prensa, el apoyo popular, etcétera.

- El “proceso de conversión” de los insumos en bienes y servicios, del *input en output*. Éste es el momento central del circuito administrativo, ya que es aquí donde se produce la toma de decisión, que convierte a los insumos en prestaciones volcadas en el medio ambiente. Aquí también se destaca el valor de la organización, ya que es ella la que genera la actividad decisoria propiamente dicha y donde los vicios y virtudes de tal organización —en definitiva, “insumos internos”, ya que surgen del mismo sector de la organización que, según su competencia, debe decidir— tienen una incidencia directa sobre el acierto o error de la decisión. Así la capacidad de liderazgo del jefe del sector, la que incluye el *expertise* necesario para el debido aprovechamiento de los insumos —dentro de aquél la habilidad para interpretar correctamente las demandas— la adecuada capacitación y predisposición de su personal, los estímulos que para ello reciben<sup>79</sup>, los conflictos internos, etcétera.

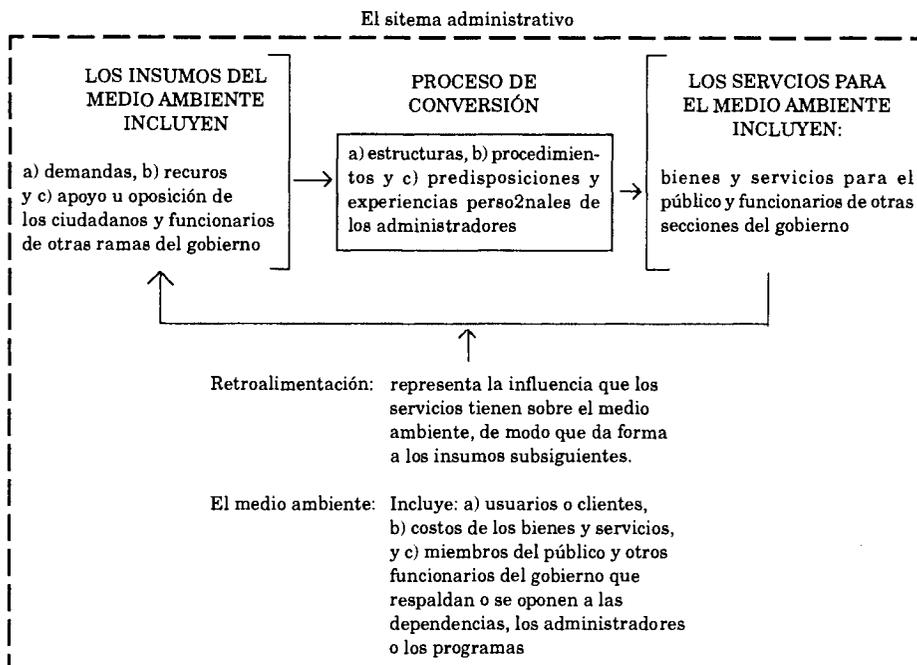
<sup>79</sup> Como ya hemos visto, los estímulos pueden ser muy variados: el prestigio, la satisfacción personal, el ambiente de trabajo, la comunidad de ideales con la organización, las oportunidades de progreso en la carrera, el reconocimiento social, la remuneración, etcétera. Este último aspecto fue muy bien advertido por el decreto 103/01, que aprueba el “Plan nacional de modernización de la Administración Pública”. En el art. 6 de la norma citada se establece un sistema de premios y castigos para las organizaciones sectoriales con relación a su grado de compromiso y avance en el

- Los productos o *output*. Estos se encuentran destinados al medio ambiente, bajo la forma de servicios (por ejemplo, una mejora en la calidad de la seguridad), artículos tangibles (por ejemplo, obras públicas), reglas de comportamiento (normas) y hasta motivaciones espirituales, patrióticas, ideológicas, etcétera.
- La retroalimentación. Ésta consiste en la influencia que los productos tienen sobre el medio ambiente y, en consecuencia sobre los insumos –demandas y recursos– que aquél generará reiniciando de esta forma el circuito administrativo que se presenta así, precisamente, como un círculo o proceso continuo. Es evidente que las nuevas demandas variarán conforme a como hayan quedado satisfechas o insatisfechas las anteriores. La ausencia de una adecuada respuesta, por ejemplo, puede incrementar la intensidad cualitativa y cuantitativa de la nueva demanda, o variarla de naturaleza. Puede generar más obstáculos en la actividad del administrador durante el nuevo proceso de conversión o, a la inversa, facilitar su acción. A la vez, podrá producir una mejora o una disminución de los recursos, todo lo cual, como señalamos, se transforma en nuevos insumos para un nuevo e incesante proceso de toma de decisiones. Por la misma razón, teniendo en cuenta que la Administración debe encontrarse siempre preparada para generar los productos adecuados, que siempre suponen decisiones previas, sosteníamos en el *Tratado...*, t. I, Cap. II, § 18, la necesidad de la reforma administrativa permanente.

Sharkansky graficó este circuito sistémico administrativo de la siguiente manera<sup>80</sup>:

proceso de modernización. Así establece: “En el marco del Plan aprobado en el artículo 1 de la presente norma los Organismos que hayan encarado procesos de modernización habiendo dado cumplimiento a todas las pautas establecidas podrán disponer hasta el setenta y cinco por ciento (75%) del ahorro permanente que obtengan por la menor afectación de los créditos presupuestarios que les hayan sido asignados, como consecuencia de la modernización implementada... Dicho ahorro presupuestario podrá destinarse, entre otros fines, a otorgar incentivos salariales o premios por mayor productividad, calidad de servicios y cumplimiento de resultados. Los proyectos de presupuesto para el año 2002 de los Organismos que no hayan dado principio de ejecución a la modernización al 30 de junio de 2001 podrán sufrir una reducción porcentual en sus gastos de funcionamiento...”.

<sup>80</sup> *Ob. cit.*, pág. 15.



### **8. La organización como elemento del ordenamiento jurídico**

Hasta aquí hemos analizado la organización en tanto que fenómeno connatural a cualquier grupo humano cualificado —es decir, considerando a tal calidad grupal como substancial y no como un mero agregado o participación de ciertos caracteres comunes— y también connatural a la misma actividad de administrar. En este sentido, como lo señala Berti<sup>81</sup>, es un dato proveniente de la experiencia común —aunque en sí mismo insuficiente— que “administración es organización”. La formulación inversa, por supuesto, es también verdadera, tanto que, se reitera, desde el punto de vista de la mera materialidad, ambos términos son casi intercambiables.

Pero la organización no es sólo un fenómeno inherente e indispensable para la administración de los intereses del grupo. Ella es, en sí misma, norma fundante —la Constitución es una, la principal, norma de organización de una determinada comunidad política, ya sea nacional o supranacional—, fuente de derecho objetivo, atribución

<sup>81</sup> BERTI, *ob. cit.*, pág. 1

de “situaciones jurídicas”<sup>82</sup>, fundamento de la validez de las relaciones jurídicas, etcétera. La organización es, o cuanto menos manifiesta, el régimen jurídico del grupo<sup>83</sup>.

Como ya lo hemos indicado más arriba, la organización es un ordenamiento jurídico y, a la vez, un elemento del ordenamiento por ella misma engendrado.

Detengámonos un momento en el análisis de la afirmación anterior.

Desde un punto de vista teórico, especialmente con una finalidad expositiva, podemos distinguir diversos “momentos” en la “vida” de toda organización. El primero de ellos lo podemos identificar con la expresión “naciente”. Aquí —obviamente se trata del momento inicial o fundacional— donde el grupo originario se instituye como tal conforme con la “idea de orden o empresa” (idea rectora) que lo inspi-

<sup>82</sup> Utilizamos esta expresión de manera meramente provisional, para evitar hablar de “derechos (subjettivos) y obligaciones”, lo que no expresaría totalmente la realidad de lo que ocurre como consecuencia del fenómeno organizatorio.

<sup>83</sup> BERTI, *ob. cit.*, pág. 136, no deja de contemplar a la organización en tanto que “hecho social” —como tal meramente descriptivo— que vale como presupuesto de la realidad jurídica. Insistimos en que si bien es correcto distinguir a la organización como hecho y a la organización cómo ordenamiento jurídico, en la realidad ambos momentos coinciden. Así, al darse la “realidad fáctica” de la organización, nace, en el mismo momento, la “realidad jurídica” de la misma, es decir, el ordenamiento. VALENTINI, Stelio, “Figure, rapporti, modelli organizzatori”, en *Trattato di Diritto Amministrativo*, dirigido por Santaniello, S., vol. IV, Padova, CEDAM, 1996, pág. 2 destaca que la organización “pertenece a un campo fronterizo entre lo jurídico y lo no jurídico, entre realidad social y norma jurídica”, que actúan entre sí en una suerte de circularidad y en un “recíproco contenerse de una problemática sobre la otra.” Por ello nos parece extremadamente estrecha —en todo caso, excesivamente estática— la concepción de la organización como un mero poder que “...se concreta en la estructuración de órganos y en la atribución de competencias, o más bien dicho, en la asignación de funciones a dichos órganos”, MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pág. 511. Esta idea no puede exceder de la identificación de la competencia para dictar normas organizatorias que, en realidad y como veremos más adelante, el ordenamiento la distribuye entre distintos órganos y en distintos niveles de fuentes: el convencional constituyente en la Constitución, el Congreso a través de la ley, La Corte Suprema de Justicia por “acordadas”, el Poder Ejecutivo ya sea por normas con jerarquía de ley o por decretos ejecutivos o reglamentos administrativos, según los casos, y también por otros órganos de la Administración mediante reglamentos administrativos. Lo expuesto no disminuye la importancia de la denominada por VALENTINI, *ob. cit.*, pág. 11, “actividad organizante” —término que permite la no utilización para este supuesto de la expresión “poder organizador”, que nosotros identificamos como aquel situado en el grupo nuclear, fundante, y providente de la organización (en la sociedad política, es el mismo Estado)— que tiene por objeto “...la creación o la modificación de los aparatos organizativos, además de la fijación de sus respectivas atribuciones...”; “...esta

ra o motiva –es decir, lo convierte en el núcleo del substracto material de la organización<sup>84</sup>– a los efectos de unir sus esfuerzos. La organización o institución recién nacida es engendrada por un grupo fundador o instituyente que actúa, en este momento inicial, como centro ordenador o conductor y en tal condición da vida a las normas rectoras del grupo que, así, de instituyente deviene en instituido. El grupo se convierte en institución, en una organización formalmente instituida. (Sobre la relación entre la teoría del ordenamiento jurídico y la teoría de la institución ver *Tratado...*, t. I, Cap I, § 4, especialmente nota 18).

La definición de un principio de autoridad en el mismo momento de la institución es una actitud vital del grupo para devenir en organización. Precisa indispensablemente de un centro o núcleo de poder –normalmente, en el inicio, el mismo grupo fundador– que puede residir en un individuo o en un grupo de individuos, en un grupo dentro del grupo general que, a la vez, es también una organización dentro de la organización general o mayor. Sin este núcleo de poder sería imposible la conversión del mero grupo o agregado de personas en una organización, en tanto que verdadera institución. Ésta requiere de un elemento organizador, una suerte de levadura interna que sea capaz de llevar adelante la idea de orden, de obra o de empresa o rectora, como queramos denominarla y traducirla en acciones concretas.

Desde otra perspectiva, pero coincidente, nos hemos referido a este “centro de poder” en el *Tratado...*, t. I, Cap. VI, § 46, denominándolo “gobierno”, expresión que nos será de especial utilidad mas adelante. Recordemos también que para la doctrina tradicional, la causa formal del Estado-sociedad perfecto –como veremos, la estructura concreta “Estado”, es decir fuera de la consideración ontológica de éste, se desarrolla como una de las herramientas jurídicas del núcleo conductor– es, precisamente, el poder de organización (*Tratado...*, t. I, Cap. I, especialmente § 8.a).

---

actividad (agrega Valentini) representa siempre una de las expresiones más intensas e inmediatas de la potestad pública, como aquella dirigida a determinar el modo de su ejercicio, las figuras subjetivas y sus recíprocas relaciones y el contenido de la potestad de cada una de ellas... Se trata entonces de una potestad de regulación de las competencias y de su ejercicio, que ocupa un espacio basilar en la actuación de los poderes públicos.” Así, cuando en el texto decimos que la organización manifiesta “el régimen jurídico del grupo”, no limitamos esta consideración a la denominada “potestad organizatoria”, la cual es sólo un aspecto de aquel régimen jurídico.

<sup>84</sup> La organización es expresión del grupo en el que se origina, conf. GIANNINI, Massimo S., *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2da. ed, Milano, Giuffrè, 2000, pág. 10.

La traducción de la idea rectora en acciones a llevar acabo por el grupo se realiza a través de la emisión de órdenes –ya sea imperativas o bien supletorias– a las que es posible identificar como normas. Sin normas tampoco es posible la existencia de organización alguna. El grupo continuaría siendo un mero agregado donde sus miembros se vincularían entre sí de una manera laxa, sólo por la participación mutua de ciertas características y necesidades comunes, como hemos señalado más arriba (p. ej., la clase social).

Cabe reiterar que estas normas se inspiran en la misma “idea de empresa” que, incluso, puede ser considerada, a la vez, como norma fundante o instituyente o constituyente. Sin ésta y las que la continúan de acuerdo a una sucesión o derivación dotada de coherencia lógica, el grupo no se encontraría organizado, no sería una institución.

Así, toda organización es también un complejo de normas o reglas de conducta, generales o particulares. Son normas las reglas que indican el lugar que corresponde a los miembros del grupo en la organización, sus jerarquías y relaciones, como también las que establecen como se tomarán sus decisiones, o cómo será sustentada la organización o se distribuirán los beneficios por ella producidos, o cómo deberán actuar los miembros y la organización misma, ya sea hacia su interior o frente a terceros.

Así, en el mismo instante en que la organización existe como tal, es decir en el momento en que se institucionaliza, se confunde con las normas por ella engendradas, ya que no es posible organización alguna sin regla ordenadora. En consecuencia, lo primero que observamos en una organización, en su “primer momento” o “momento naciente”, es su ordenamiento jerárquico y normativo, de manera que es posible afirmar que la organización o institución (el grupo instituido o dotado de una organización racional) es un ordenamiento normativo.

La misma existencia de las normas, es decir del ordenamiento normativo, hace que la organización se someta a ellas. Lo contrario sería imposible, ya que o bien la organización acata sus propias normas, incluso modificándolas –si esta modificación fuese esencial, el grupo dejaría de ser “esa” organización para convertirse en otra– pero siempre acatando las nuevas normas, o deja de existir como organización. La anomia –que es una forma de anarquía– es la antítesis de la organización.

Éste es el “segundo momento” en la vida de la organización. Aquí la organización se consolida como tal; es el “momento consolidado”

(estático) donde la organización se somete a su propio ordenamiento normativo<sup>85</sup>.

Si la organización se somete a las normas, en este estadio no es posible confundir ambos elementos. Es que ya se presentan, precisamente, como “dos elementos”, vinculados de maneras predeterminadas, según las distintas relaciones de sujeción a cada una de las normas y de acuerdo con la naturaleza de éstas y con efectos por aquélla establecidos.

Hemos visto unos pocos párrafos más arriba que las normas definen “situaciones jurídicas” de los miembros del grupo organizado. Por consiguiente, las normas generan relaciones diversas según los diferentes sujetos alcanzados, y no sólo para el interior de la propia organización, sino también hacia el exterior. Hay normas, organización y sus instituciones, sujetos, relaciones jurídicas y, especialmente, la idea rectora de orden. Todos ellos son elementos de un sistema, del “sistema ordenamiento jurídico” (*Tratado...*, t. I, Cap. 1, § 4). Por tanto, en este que podemos denominar “momento funcional o sistémico” (dinámico), la organización se convierte en un elemento de ordenamiento jurídico.

Aquí la organización se diferencia de la institución. Cuando la organización se convierte en un elemento del ordenamiento, lo instituido es éste y no la mera organización, la que comienza a representar un papel servicial en favor del ordenamiento: existe y subsiste para que el ordenamiento exista y subsista. De la misma manera la figura de la institución adquiere también una relevancia propia. Ya no se confunde con la organización, considerada ésta –tanto en su materialidad como en su formalidad– como elemento del ordenamiento, sino que se convierte en el punto de referencia del ordenamiento, en su centro de imputación. La institución se personifica y así hace que el ordenamiento adquiera un valor subjetivo hacia el exterior, frente a los restantes ordenamientos, y también hacia su interior, frente a los distintos sujetos que lo componen.

<sup>85</sup> Esto es predicable, incluso, con relación a las monarquías absolutas, donde el monarca es la ley, lo que quiere decir que aquél puede variar la ley o decidir su inaplicación en un supuesto concreto, pero igualmente, la vieja o nueva ley, son leyes de la organización. La principal de ellas es, precisamente, la de la monarquía absoluta. Naturalmente que la planteada en este ejemplo es una organización imperfecta –siempre visto con los ojos de nuestra actual cultura político-jurídica– por cuanto el monarca se encontraría situado por encima de la organización, lo que no deja de ser un elemento “asistemático”.

Por eso el ordenamiento se integra sistémicamente con la institución fundante y las restantes instituciones de creación "social"<sup>86</sup>, que son elementos del ordenamiento tanto como los individuos o personas físicas, como los centros de poder de las instituciones, como las normas que emanan de esas instituciones, como las relaciones jurídicas que se establecen en ese complejo mundo subjetivo y normativo y como la organización misma, tanto la global del ordenamiento considerado en su totalidad, como la organización de la institución fundante y de las instituciones restantes.

Si trasladamos estas ideas al fenómeno de los ordenamientos estatales, es claro que el grupo instituyente es el originario que se integra en una Nación o pueblo unido en comunidad política, la idea rectora es la que se expresa en sus "cartas" fundamentales, "declaraciones de independencia", "constituciones" o documentos del tipo, donde se expresan los anhelos, objetivos, finalidades del grupo. A la vez tales documentos suelen convertirse en normas principales, "derivantes" de las restantes normas derivadas y definidoras (las primeras) de la estructura principal de la organización. En nuestro caso podemos identificar a la figura del "centro de poder" con el gobierno, y a la "institución", en tanto que elemento personificador, con el Estado. Las restantes instituciones y personas físicas, sus normas y sus organizaciones, conforman el entramado de lo que denominamos "sociedad", como sector del ordenamiento global diferenciado del Estado, es decir, nos referimos a la distinción o delimitación de los sectores privado y público del ordenamiento general o global (*Tratado....*, t. I, Caps. III a V).

Volviendo al argumento inicial, debemos destacar que aquellos tres "momentos" son, estrictamente hablando, atemporales e ideales, no cronológicos y reales. En la realidad, todo lo descripto surge en forma contemporánea, ya que no podría existir organización alguna que no generara autoridad y normas<sup>87</sup>, que al generarlas no se some-

<sup>86</sup> Éstas nacen espontáneamente en el seno del ordenamiento, es decir, no son creadas por éste pero necesitan de él para existir, como un verdadero "caldo de cultivo".

<sup>87</sup> GIANNINI, Massimo S., *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 97, Milano, Giuffrè, 1993, sostiene que existen grupos organizados que no producen sus propias normas jurídicas, utilizando totalmente las normas creadas por el ordenamiento estatal. En consecuencia, y volveremos sobre este tema, un ordenamiento jurídico sólo existe en el caso de grupos organizados productores de sus propias normas jurídicas, sin perjuicio de su sometimiento a las normas del ordenamiento mayor o inclusivo que tengan alcances organizatorios básicos con relación al ordenamiento menor o

ta a ellas y que al someterse no de origen a un sistema-ordenamiento. Como lo señala Berti, con la expresión organización expresamos la realidad “en la cual el ordenamiento se exhibe en su unidad y en su complejidad”<sup>88</sup>.

Lo expuesto permite advertir la trascendente juridicidad del fenómeno organizatorio, tanto para las organizaciones que forman parte del sector público (el sector estatal de la organización social) como las que integran el sector privado<sup>89</sup>.

---

incluido. De todas formas corresponde aclarar que, en el caso de una sociedad civil o comercial, el propio acuerdo asociativo es una norma fundante de la organización, y esto ocurre en todos los grupos –incluso en las sociedades políticas, donde el acuerdo es perdurable, expresado a través del consenso con respecto a las normas constitucionales– los que incluso al adoptar las normas fijadas por el derecho estatal (civil, comercial) se encuentran también, por un acto de propia voluntad normativa y por remisión, estableciendo su propio ordenamiento. Cuando las normas estatales relativas a la organización de determinados grupos son de orden público –imperativas– puede también sostenerse que éste las adopta al decidir constituir una organización así reglada. En lo que hace a la relación organización-ordenamiento jurídico, el autor, en el lugar antes citado, señala: “Descriptivamente se puede también decir que el ordenamiento jurídico es un grupo de sujetos, que por intereses comunes se organiza, confiriendo poderes a una autoridad, y dándose las normas que tendrán una vigencia efectiva. Los componentes primarios del ordenamiento son entonces la pluri-subjetividad (complejo de los componentes del grupo) la organización y las normas; tales componentes no son disociables (pueden ser aislados sólo a los fines teóricos) al punto que cada uno de ellos determina al otro.” En esta descripción observamos que se encuentra ausente el elemento “relación jurídica”, que, sin embargo, es de especial importancia para el ordenamiento, ya que la pluri-subjetividad, las normas, la misma organización, como veremos, sólo se expresan en y a través de relaciones jurídicas. Éstas dan vida al ordenamiento, sentido a la organización –su resultado o producto son bienes jurídicos o jurídicamente valorables que se adjudican a terceros mediante determinadas y concretas relaciones jurídicas– según la idea de orden, tampoco mencionada por Giannini. No coincidimos, igualmente, con Giannini con respecto a que los elementos del ordenamiento sólo puedan ser aislados a los fines teóricos. Se trata de verdaderos elementos, en sí mismos considerables y que, si bien cada uno de ellos determina al otro, esto lo hacen de acuerdo a relaciones, precisamente, determinantes o configurativas de un sistema. Los elementos son aislables, aunque su valor se encuentre en la relación sistémica, es decir, en la unidad del conjunto.

<sup>88</sup> BERTI, Giorgio, *La Pubblica Amministrazione...*, pág. 4, nota 4.

<sup>89</sup> GIANNINI, Massimo S., *ob. cit.*, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 95, menciona, críticamente, una antigua opinión difundida en el ámbito del derecho privado según la cual “la organización constituye un *quid* jurídicamente irrelevante”, lo que se encuentra desmentido por la experiencia y por el reconocimiento de la actual doctrina jurídica. Así, puntualiza Giannini en el lugar citado: “En el derecho privado ciertamente existían y existen hechos organizativos de importancia primaria, como el *munus*, el patrimonio separado, la persona jurídica, y existen contratos en los cuales los hechos organizativos tienen tanta relevancia que hasta tipifican la relación, como el ‘appalto’ (organización del trabajo de otros) y el contrato de agencia, sin

## 9. La juridicidad de la organización pública

### A) *Notas comparativas:*

Si como hemos mencionado antes es imposible negar la trascendencia jurídica del elemento organización en los ordenamientos privados, mayor importancia adquiere aquél en los ordenamientos públicos, en el derecho público, el derecho de la cosa pública, por tanto, el derecho que pertenece al régimen jurídico u ordenamiento estatal.

Veamos las características que especifican la organización pública o estatal y sus diferencias con las que pertenecen al que hemos denominado ordenamiento privado o social:

1. Por el origen: las organizaciones privadas son ambivalentes. Si bien muchas de ellas son absolutamente necesarias —p. ej. la familia— esta característica sólo puede ser predicada en un sentido absoluto<sup>90</sup>. En un sentido relativo, por el contrario, con relación a los hombres y las mujeres concretos, estos pueden optar por formar o no una familia, lo que dependerá de la vocación y circunstancias. En cambio, nadie puede optar por no pertenecer a una comunidad (organización), cualquiera sea, donde los miembros distribuyan sus esfuerzos y los frutos de los mismos, bajo el poder organizador de alguna cierta forma de autoridad. Esta comunidad, ya lo vimos en el *Tratado...*, t. I, Cap. I, § 6, 7 y 8, es la política organizada bajo la forma de Estado. En consecuencia,

---

hablar de la empresa, la que si bien no puede ser reducida sólo a un suceso organizativo, asume a éste como uno de sus aspectos caracterizantes; y de las sociedades comerciales, las cuales en sus especies socialmente más importantes, presentan hoy un aparato organizativo fijado por el mismo legislador, regulado en parte por normas imperativas, asimismo con relaciones de organización precisas y habitualmente bastante articuladas." La fuerza y trascendencia del hecho organizativo en cuanto a la tipificación de relaciones y situaciones jurídicas, dentro del derecho administrativo, es, como veremos más adelante, de especial relevancia jurídica. Tómense como principales ejemplos a la relación jurídica generada por la concesión de servicio público y a la categoría jurídica de los "derechos de incidencia colectiva" creada por nuestra Constitución en su art. 43, según lo veremos en el lugar oportuno.

<sup>90</sup> Como todos los animales, el humano también se caracteriza por el instinto de procreación, el que se encuentra en la base de la organización familiar, teniendo en cuenta que el humano, a diferencia del resto de los animales, ha desarrollado a la vez un fuerte "instinto" de conservación y permanencia de las relaciones con su pareja y con la prole. Éste es el que ha generado a la institución u organización familiar, de manera que puede válidamente afirmarse que la familia es el ambiente específicamente humano para la procreación. Así, dado que la procreación es esencial para la supervivencia del género humano, y la familia es el ambiente apropiado para la procreación; ésta es para el hombre tan necesaria como la misma procreación.

las organizaciones privadas tienen un origen voluntario, mientras que la organización pública por excelencia —el Estado o sociedad política— tiene un origen imperativo e inevitable, tanto en un sentido absoluto como relativo, es decir, con respecto al género humano en su totalidad y con relación a cada uno de los individuos concretos que lo componen, en cualquier circunstancia histórica.

2. Por la inclusión: si la organización genera el ordenamiento, el ordenamiento estatal, por lo dicho precedentemente, debe necesariamente incluir los ordenamientos particulares y así la organización imperativa no puede sino englobar, en el orden de la sujeción, todas las organizaciones voluntarias<sup>91</sup>. En realidad, como hemos visto, el ordenamiento general incluye al estatal y al social, pero el primero contiene en su seno al grupo conductor del ordenamiento general que, para conducir, ejerce el poder. Por ello decimos que en el orden de la sujeción el ordenamiento estatal o público contiene al social, aunque sin confundirlo con sí mismo. Debe advertirse que, desde cierto punto de vista, la inversa puede ser también válida. En los sistemas democráticos-representativos, el grupo conductor representa al pueblo y en éste se origina. En consecuencia, el verdadero grupo conductor es el pueblo mismo, a través de sus representantes, con lo cual, en el orden del origen, el sector social o privado del ordenamiento incluiría al público, pero sólo desde el punto de vista de su capacidad de generación, es decir, en la medida en que sea posible afirmar que lo generado se encuentra incluido en lo generante. La cuestión puede comprenderse teniendo en cuenta la recíproca interacción o retroalimentación de ambos sectores dentro del ordenamiento general, que es el ordenamiento por excelencia. Volveremos sobre el tema al estudiar las relaciones entre ordenamientos. Aún

<sup>91</sup> Si la existencia del Estado es inevitable, mientras que las otras organizaciones son voluntarias, quiere decir que las concretas e individualizadas organizaciones privadas podrían no existir (Juan y María podrían no haber contraído matrimonio, en cambio, siempre vivirán o se encontrarán sometidos a alguna forma de autoridad pública, de éste o de otro Estado) lo que obliga a concluir que todas las organizaciones privadas no pueden evitar encontrarse contenidas en una organización pública. Así, si Juan y María formasen una familia, ésta también inevitablemente se encontraría sometida a una autoridad estatal, al ordenamiento de algún Estado, cualquiera que fuera. Como vimos en el *Tratado...*, t. I., Cap. V, § 39, el caso de la Iglesia Católica representa una excepción a este principio, ya que ella es, en sí misma, un ordenamiento independiente de cualquier ordenamiento estatal.

así, como sin centro de poder ningún ordenamiento puede existir, no es desacertado –siempre relativamente y con los matices vistos– destacar esta nota o característica de la “inclusión”.

3. Por la rigidez del sistema: el sistema u ordenamiento generado por la organización estatal es de estructura relativamente rígida, ya que sólo puede variar conforme a decisiones institucionales estrictamente previstas por el mismo ordenamiento, es decir, presenta rigidez con relación a cada uno de los ordenamientos y sujetos que incluye. En cambio, los ordenamientos particulares o menores son básicamente flexibles, ya que se encuentran sometidos, incluso en su misma permanencia, a la voluntad de sus miembros –y excepcionalmente al ordenamiento estatal, a través de sus normas de orden público– que puede expresarse según los procedimientos y modalidades que los propios miembros acuerden en cada caso y en cada momento, sin perjuicio del respeto de aquellas normas de orden público.
4. Por el poder ordenador: de acuerdo con la señalado arriba, el ordenamiento estatal representa la máxima concentración del poder comunitario<sup>92</sup>; en cambio, los ordenamientos menores diseminan el poder social –de la sociedad civil– en cada uno de ellos, y lo intercambian en un juego de relaciones intersubjetivas que da vida al “mercado”. Es decir, el ordenamiento estatal ejerce su poder en sí mismo y sobre el resto de los ordenamientos particulares, mientras que los ordenamientos menores agotan su poder dentro de sus propios límites, sin poder ejercerlo sobre otros, ni vertical (hacia arriba y hacia abajo) ni horizontalmente. Con respecto al ordenamiento estatal, los ordenamientos menores se encuentran en una relación de sujeción subsidiaria (*Tratado...*, t. I, Cap II, § 11, 12 y 13) mientras que entre sí se encuentran en una relación de igualdad.<sup>93</sup>

### ***B) La trascendencia jurídica de la organización pública***

Lo expuesto precedentemente conduce necesariamente a distinguir la calidad e intensidad de la trascendencia jurídica –como orde-

<sup>92</sup> GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, ob. cit., pág. 98.

<sup>93</sup> Ya hemos visto, y reiteramos, que esta característica no es aplicable a la Iglesia Católica, que actúa, con respecto al estatal, como un ordenamiento distinto, igualitario, y en sentido estricto, no incluido dentro de los ordenamientos estatales donde la Iglesia desarrolla su misión universal.

namiento<sup>94</sup> y como elemento de las relaciones jurídicas— de la organización estatal en general y de las organizaciones públicas en las que aquélla se estructura.

Las organizaciones públicas, como vimos, son rígidas. Y esta rigidez se presenta tanto hacia al interior de la organización como con respecto a su actuación jurídica externa.

La primera afirmación es fácil de comprender. Dentro de la organización existen distintos niveles de rigidez, pero siempre este fenómeno expresa la indisponibilidad de las reglas organizativas para los individuos que ejercen —mediante la figura que estudiaremos luego— “poderes” —en sentido amplio o indeterminado; estrictamente se trata de competencias— decisorios dentro de la misma organización. Aquellas reglas sólo podrán ser modificadas conforme con lo dispuesto por ellas mismas, sin perjuicio de que, en casos en realidad excepcionales (p. ej. constituciones totalmente rígidas) sean absolutamente inmodificables, salvo la ocurrencia de una nueva decisión originaria y fundante, como la revolución, que da vida a una distinta organización.

El segundo nivel de rigidez —hacia el exterior de la organización— es consecuencia del primero. No sólo la toma de decisión de la organización con respecto a sus reglas organizativas es definida por aquellas, sino también las mismas definen los elementos fundamentales de la toma de decisión (procedimiento, órgano decisor, objeto) que vincula a la organización con su ambiente exterior.

En este sentido, la organización estatal tiene un doble juego: comprende a todas las organizaciones-ordenamientos menores, pero no las absorbe. Es decir, no las confunde con ella misma, lo que podría, aunque de manera imprecisa, expresarse con la idea gráfica de los círculos concéntricos, donde cada uno de los incluidos es un ordenamiento menor con respecto al círculo mayor que a todos incluye pero sin quitarles su identidad propia. Por esto, aún comprendidas en aquélla, las organizaciones-ordenamientos menores son terceros con relación a la organización estatal, con la que se relacionan conforme a un régimen jurídico (en definitiva, elemento organizativo también) espe-

<sup>94</sup> Indentificar a la organización como ordenamiento supone, conviene repetir, un concepto abarcativo que incluye al ordenamiento en sí mismo —ya que la organización genera y es elemento del ordenamiento jurídico— y a los aspectos generalmente atribuidos a aquella, como los que señala FRANCHINI, Claudio, *L'Organizzazione*, en *Trattato di Diritto Amministrativo*, dirigido por CASSESE, Sabino, Milano, Giuffrè, 2000, t. I., pág. 230: la organización como “complejo de los sujetos y de las estructuras que desarrollan la actividad de la Administración pública”, como también “el ejercicio de la función organizativa de los poderes públicos”.

cífico, determinado, definido, establecido, por la misma necesidad imperativa de la organización pública o estatal. Y así, la relación jurídica externa que se estableciere en contradicción con las reglas organizativas de las administraciones públicas, será inválida, salvo que resulte remediable también conforme con los procedimientos establecidos por aquellas mismas reglas.

## **10. La organización constitucional e infra constitucional y la idea directriz del ordenamiento jurídico**

Es sabido que la Constitución organiza los “poderes” u órganos fundamentales y de mayor jerarquía del Estado –más adelante haremos importantes aclaraciones sobre el uso del termino “Estado”– y lo hace, como ya lo hemos visto (*Tratado...*, t. I, Cap. VI, § 49 y 50) desde una perspectiva funcional, es decir, según la relación existente entre el órgano, su competencia y el procedimiento establecido para ejercerla, para lo cual identifica al órgano, establece su origen y modo de designación, define su conformación básica, delimita su competencia y describe, siquiera mínimamente, el procedimiento<sup>95</sup> al que debe someterse para la toma de decisión autorizada por la misma esfera de competencia que el órgano tiene atribuida.

A la vez, la Constitución define las relaciones entre órganos –y los procedimientos según los cuales las mismas se llevan a cabo– y, en nuestro sistema federal, establece también la distribución de competencias entre el Gobierno federal –centro de poder de la organización– las provincias y el municipio federal de la Ciudad de Buenos Aires<sup>96</sup>, establece las notas básicas de la organización provincial y municipal y otros aspectos tanto con respecto a la relación Nación-provincias como en lo que hace a las provincias entre sí. Asimismo, la

<sup>95</sup> La Constitución detalla el procedimiento de actuación del Congreso, lo sugiere –en su característica jerárquica– para el caso del Presidente (amén de regular más cuidadosamente ciertos procedimientos para decisiones particulares, como en el caso de los decretos de necesidad y urgencia) y sienta la nota básica del procedimiento judicial, al incluir la exigencia de la “causa” en su art. 116. Es natural que el constituyente haya sido más explícito con relación al Congreso, limitando aquí la “soberanía” de la ley, mientras que dejó para el mismo Congreso –principal órgano representativo democrático– la regulación del procedimiento decisorio a seguir por el Presidente y por los jueces.

<sup>96</sup> Hemos argumentado acerca de que la Ciudad de Buenos Aires, aún a partir de la reforma constitucional de 1994, y en ella, conserva su naturaleza de “municipio federal”, en BARRA, RODOLFO C., “El status jurídico de la Ciudad de Buenos Aires”, revista *Régimen de la Administración Pública*, n° 285, junio 2002.

Constitución –el complejo de normas organizativas básicas del Estado– regula las relaciones con otras organizaciones ajenas a su propio ordenamiento, como la Santa Sede y los estados extranjeros, indicando los procedimientos para la vinculación con ellos y las condiciones para que tales vinculaciones formales adquieran vigencia y validez dentro del ordenamiento interno.

Precisamente, la validez de todos los actos o decisiones emanados de aquellos órganos constitucionales dependen de su conformidad con las normas organizativas constitucionales, inspiradas en la idea rectora o de orden denominada “división de poderes”. Se trata de una organización parcialmente rígida, que sólo puede modificarse de acuerdo con los procedimientos y decisiones orgánicas por ella misma previstos, es decir, por los procedimientos establecidos para la reforma constitucional<sup>97</sup>.

Pero estas normas organizativas básicas no se detienen aquí. Por el contrario, definen también los límites del contenido de las decisiones orgánicas, especialmente frente a los derechos de terceros, que son enumerados a los fines de un reconocimiento meramente enunciativo.

De esta manera, las decisiones y las relaciones jurídicas que el Estado-organización dirige y establece, respectivamente, con sus súbditos –que en conjunto constituyen la “comunidad organizada”– se encuentran determinadas en su validez por dos parámetros que actúan independientemente uno del otro: el parámetro de la corrección orgánica y el parámetro de la corrección substancial. Si bien ambos son independientes, se confunden en su valor funcional, en el punto exacto de la competencia, en la medida en que ésta es un elemento esencial de la función y en que esa competencia otorgada al órgano se encuentra limitada en su substancia, como vimos, por las propias normas organizativas: el órgano carece de competencia para tomar decisiones de contenido contradictorio con los derechos de los miembros de la organización, según aquéllos se encuentran enumerados en la norma fundante de la misma.

Así el Estado decide hacia terceros y se vincula con ellos, conforme con su organización constitucional, tanto en su aspecto orgánico

<sup>97</sup> Hemos visto que, en nuestro caso, la Constitución establece expresamente diversos procedimientos para su reforma, amén de autorizar al Congreso –sujeto a su decisión discrecional– a regular otro por la vía del art. 40, es decir, la “consulta popular vinculante”, hoy impedido por el art. 1 de la ley 25.432, todo según lo analizáramos en el *Tratado...*, t. I, Cap. VII, § 72.

como substancial. Dicha estructura del grupo devenido en comunidad es un elemento inescindible de la decisión —tratado, ley, decreto de jerarquía legislativa, sentencia, decreto ejecutivo, instrucción, reglamento, acto administrativo— y es un elemento de la relación jurídica que nace de aquellas decisiones o de conductas de los agentes estatales. En definitiva, por tales decisiones y relaciones se vinculan el todo organizado, a través de su centro de poder, y las partes que lo conforman; la Constitución es la regla principal reguladora de esa vinculación.

Esta concepción es consubstancial al Derecho Público moderno, cuyas bases estableció tan sabiamente Marshall en “Marbury v. Madison” (5 U.S. 137 —Cranch— 1803), cuando afirmó “Que el pueblo tenga un derecho original para establecer, para el futuro gobierno, tales principios para, en la opinión del pueblo, servir de guía hacia la propia felicidad, es la base sobre la cual la entera ‘fábrica’ Americana ha sido levantada. El ejercicio de este derecho original es una gran exigencia... Los principios, por lo tanto, así establecidos son considerados fundamentales. Y como la autoridad, de la cual ellos proceden, es suprema, y puede actuar infrecuentemente, tales principios han sido diseñados para ser permanentes”. El pueblo es el grupo organizador que, para su propio bien, establece una organización comunitaria, una Nación (la “fábrica Americana”) que deberá guiarse hacia el futuro por los principios fundamentales de la organización —la Constitución— que son casi permanentes, habida cuenta que el grupo organizador —el poder constituyente— sólo puede ejercerse de manera excepcional<sup>98</sup>.

“Esta original y suprema voluntad —continúa “Marbury”— organiza el gobierno y asigna a sus diferentes departamentos los respectivos poderes.” Es decir, la norma fundamental de la organización, que con ella deviene en ordenamiento, crea el centro de poder, lo estructura y fija sus competencias. Al hacerlo no sólo establece los ámbitos de “poder” de cada una de las secciones o departamentos según los cuales el centro de poder deberá actuar, sino también los límites del contenido de sus decisiones, que no podrán traspasar o contradecir los principios de la norma fundamental, entre ellos los derechos que el pueblo organizado se ha reservado para sí y cuya defensa ha confiado

<sup>98</sup> De esta manera Marshall también distingue los dos poderes: constituyente y constituido. Este último, en lo que hace al Congreso, no ejerce el primero de los poderes, concepción que se aleja de las ideas revolucionarias francesas que veían en el Parlamento o Asamblea la expresión plena y absoluta de la soberanía popular.

precisamente a la organización-ordenamiento. Por ello, es la gran conclusión de “Marbury”, cualquier acto de las secciones o “ramas” del centro de poder –incluyendo la específicamente legislativa– que contradiga a la norma fundamental, es decir a la expresión detallada de la idea directriz, será nulo, correspondiendo a la judicatura la declaración de tal invalidez.

No sólo la organización se encuentra establecida y desarrollada por la Constitución. La normas infra-constitucionales, a través de toda su escala jerárquica, son también normas de organización, sin perjuicio de que algunas sean imperativas, de derecho público y otras sean supletorias o dispositivas, de derecho privado<sup>99</sup>, en algunos casos incididas por normas de orden público, pero siempre sometidas a la Constitución.

La primacía de la Constitución es un fundamental y esencial principio organizativo, que obliga a que el desarrollo de toda la estructura normativa se ajuste coherentemente. Lo contrario conduciría al desorden, a la injusticia, a la imprevisibilidad, es decir a la existencia de un conglomerado desorganizado que es lo contrario de cualquier estructura social<sup>100</sup>.

Ahora bien, cuando las normas son de derecho privado, la organización es flexible, en el sentido de que su aplicación sólo depende, salvo el orden público, de la voluntad de las partes en la relación jurídica, las que a la vez no pueden imponer sus decisiones unilaterales sobre las otras. Cuando las normas son de derecho público, en cambio, la organización es rígida y las decisiones de la parte que integra la organización mayor o pública son obligatorias para el

<sup>99</sup> No nos referimos sólo a las normas que regulan a los cuerpos privados organizados, sino también las que definen los derechos substanciales que, como vimos, son también, en sentido lato, organizatorias.

<sup>100</sup> En el mismo sentido, HERVADA, Javier, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona, Eúnsa, 1986; la cita se toma de la edición italiana, *Diritto Costituzionale Canonico*, GIUFFRÉ, MILANO, 1989, págs. 19 y 20. Debe advertirse que lo expuesto en el texto no significa que, con anterioridad al constitucionalismo revolucionario nacido en el siglo XVIII, no existiese organización. Incluso en las monarquías absolutas se hacía presente una norma superior, última, soberana y preeminente, en definitiva, la voluntad del príncipe –*sic placuit, sic voluit, sit pro ratione voluntas*– que, normalmente, era coherente consigo misma. Pero las necesidades del capitalismo naciente, y luego su consolidación y posterior desarrollo, exigían, especialmente, la previsibilidad del ordenamiento (de la organización-ordenamiento) lo que condujo, junto con otras causas, al desarrollo de las constituciones escritas, con supremacía, incluso, sobre la voluntad de las autoridades públicas.

individuo u organización privada. Se generan, en este último caso, decisiones y relaciones jurídicas sujetas al sistema organización-ordenamiento de derecho público, es decir sometidas a un régimen de derecho público o, como muchos denominan, "régimen jurídico exorbitante" (*Tratado....*, t. I., Cap. VI, § 53 a 60).

Se destaca de esta manera el valor y trascendencia de la organización en el ordenamiento, en las decisiones o actos normativos y en las relaciones jurídicas. Pero también se destaca la especificidad de la organización pública o estatal. Se trata, ésta, de una organización definida por la idea rectora de la distribución del bien común, de forma que el grupo, al organizarse, definió que aquel bien era una finalidad cuyo logro sólo era posible mediante una determinada organización, en el sentido amplio que hemos estado utilizando hasta el momento. La organización pública es funcional al bien común, a su distribución y por tanto es necesariamente imperativa.