

TESIS

ESTUDIO PRELIMINAR SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y LA TRANSFORMACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

Rodolfo Herrera Bravo¹

El papel que desempeñan los procedimientos administrativos ha sido cuestionado por influyentes posturas de gestión pública que buscan transformar al Estado a partir de modelos empresariales más rápidos y eficientes, no formalizados, que soslayan los cauces regulados, considerándolos como rémoras burocráticas. Sin embargo, la lejanía de estas tesis respecto del procedimiento administrativo es vista por el autor como una debilidad, considerando la necesidad de sujeción al Derecho y luego de advertir una coincidencia entre las funciones propias del procedimiento y los objetivos generales que persiguen las acciones de modernización estatal ordenadas bajo proyectos de gobierno electrónico. De esta manera, con este trabajo se refrescan algunas bases que fortalecen al procedimiento y lo postulan como una herramienta esencial para el logro de transformaciones profundas en la Administración del Estado.

SUMARIO

I.- La reinención de la Administración del Estado desde perspectivas empresariales. II.- Excursus: Gobierno electrónico para la transformación estatal. III.- Críticas al procedimiento administrativo bajo la mirada empresarial de la gestión pública. IV.- El procedimiento administrativo como expresión de juridicidad. V.- Funciones esenciales del procedimiento administrativo. VI.- Ideas finales.

¹ Abogado, Asesor jurídico del Centro de Informática de la Contraloría General de la República. Master en Derecho Informático, por la Universidad Complutense de Madrid; Magíster (c) en Derecho Público, con Mención en Derecho Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesor del Magíster en Derecho de la Universidad de Concepción; Profesor del Diplomado en Contratación Pública de la Universidad de Viña del Mar; Profesor en el Postítulo de Gestión y Gerencia Pública de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

I.- LA REINVENCION DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO DESDE PERSPECTIVAS EMPRESARIALES

Corren días en que los ritmos cansinos de los organismos estatales resultan insostenibles, no sólo por el imperativo de justicia al que debe aspirar la función pública y que le exige la satisfacción real de las necesidades colectivas que demanda la comunidad, sino también porque la persona humana está lejos de ser un súbdito del Estado, que se limita a acatar toda decisión que le afecte, aceptando no tener injerencia alguna en ella. Gracias a la sociedad civil ha dejado de ser un mero espectador de la vida pública, que tolere abusos de algunas autoridades que trastocan su calidad de servidores, justificando con su desidia las tardanzas, contradicciones o errores en sus cometidos.

Esa sociedad civil se potencia en el proceso multidimensional de globalización, crece en importancia mientras el Estado acusa debilidades cada día más patentes como la pérdida de fuerza para incidir en decisiones globales o incluso para resistir los efectos de fenómenos externos que impactan en medidas internas. Véase, por ejemplo, la vulnerabilidad de las políticas económicas frente a las crisis en los mercados internacionales, la insuficiencia de las medidas locales ante restricciones energéticas de países exportadores o el ilusorio control judicial a los flujos de información que se transmiten por Internet.

En el plano interno, la flaqueza estatal se demuestra al tratar de materializar los derechos sociales, económicos y culturales, porque los Estados no siempre leen correctamente las demandas prioritarias de los cuerpos intermedios o no son capaces de ofrecer la misma efectividad y cercanía que los grupos que se generan en el seno de la comunidad. Basta recordar las frecuentes comparaciones sobre calidad y satisfacción respecto de servicios que prestan paralelamente los entes públicos y los privados, en áreas como la educación o la salud.

Todo ello ha reforzado el rol de la sociedad civil como legítima contradictora de los órganos estatales, altamente capacitada para intervenir en los procesos de toma de decisión sobre asuntos públicos, en donde, además, cada persona goza del derecho a requerir permanentemente rendición de cuentas a sus autoridades, facultad que hunde sus raíces en el carácter democrático de la República de Chile.

En ese exigente escenario para el Estado aparecen diferentes ópticas y proposiciones dirigidas a implantar modelos que brinden mayor eficiencia a la gestión pública, gracias a un uso más óptimo de los recursos siempre escasos y un logro eficaz de las metas definidas. Se trata de soluciones a los vicios que erosionan la función pública, propuestas por disciplinas variadas, entre otras, desde las Ciencias de la Administración.

Dentro de los arquetipos que irradian los proyectos transformadores desde la década de los ochenta hasta nuestros días destaca la corriente anglosajona del *new public management*, que aparece a resultas de estandarizar la administración pública de cada Estado bajo un mismo esquema de organización y funcionamiento. En este patrón la mirada se desplaza

desde una gestión burocrática² hacia otra que asume rasgos empresariales, con una administración que pretende apartarse del contacto con la política, con un proceso de elaboración de asuntos públicos que asume el mercado, con servicios públicos que fomentan la competitividad y con un ciudadano que se convierte en consumidor o cliente.³

Las ideas generales de esta corriente de nueva gestión pública se reiteran en sub-modelos que enfatizan ciertos aspectos, pero que, en definitiva, coinciden en buscar las respuestas en la experiencia empresarial. A modo de ejemplo, existe un Modelo OCDE que orienta una propuesta hacia el ciudadano-cliente, con miras al crecimiento de la economía de mercado para financiar las prestaciones que aquél requiere; otro modelo, denominado Post-burocrático, propone transitar desde el interés público a los resultados que ven los clientes, pasar de la eficiencia a la calidad y el valor, del control a la adhesión a las normas, de la imposición de responsabilidad a la *accountability*, sin quedarse en reglas y procedimientos; y una visión de Gobierno Empresarial que, no obstante reconocer diferencias entre las instituciones públicas y las empresas privadas incluso en cuanto a los fines perseguidos por unas y otras, aspira a nuevos estilos administrativos descentralizados e innovadores, flexibles y adaptables⁴.

Una de las tesis vinculadas al modelo de Gobierno Empresarial merece una especial detención, dada su influencia en las políticas públicas adoptadas en Estados Unidos en la década de los noventa y vigente hasta ahora. Se trata de las ideas contenidas en la obra "*Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*" de DAVID OSBORNE y TED GAEBLER⁵. Estos autores sostienen que la sociedad civilizada no puede funcionar eficazmente sin un gobierno eficaz, sin embargo, visualizan una alarmante erosión de la confianza en el aparato estatal, producto de una parálisis burocrática que inmoviliza a la sociedad civil, por lo que proponen quitar poder a las burocracias y entregárselo a la comunidad. De esta forma buscan trasladar el debate sobre el tamaño del Estado hacia otro referido a la calidad y cercanía de sus servicios, en donde el gobierno esté centrado en dirigir y organizar más que en hacer cosas, en el que la gestión esté orientada a resultados y no a un formalismo burocrático, y en el que la inspiración sean las necesidades del cliente⁶.

² El Diccionario de la Lengua Española da cuatro acepciones a la palabra "burocracia": 1. Organización regulada por normas que establecen un orden racional para distribuir y gestionar los asuntos que le son propios; 2. Conjunto de los servidores públicos; 3. Influencia excesiva de los funcionarios en los asuntos públicos; y 4. Administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas. Para efectos de este trabajo, usaremos las acepciones 3 y 4 al referirnos a ella y a sus adjetivos.

³ GUERRERO, Omar. "Nuevos Modelos de Gestión Pública", en Revista Digital Universitaria, Vol.2, N°3, 2001. UNAM. [en línea] <<http://www.revista.unam.mx/vol.2/num3/art3/index.html>> [Consulta: 4 de noviembre de 2007].

⁴ Ídem.

⁵ Véase OSBORNE, D. y GAEBLER, T. La Reinención del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público. Ediciones Paidós, Barcelona, 1994.

⁶ Sin embargo, la tesis de *reinventing government* no siempre tuvo una feliz traducción fuera de Estados Unidos, gracias a intérpretes que transformaron los postulados en argumentos dirigidos principalmente a cuestionar el tamaño estatal sólo a fuerza de privatizaciones, alejándose del real espíritu de la obra.

Con esta reinención se intenta responder bajo un nuevo discurso, a viejos problemas⁷ que con justa razón pueden imputarse, en parte, a la pasividad que han demostrado las administraciones públicas burocráticas ante las crisis de gobernabilidad, las desigualdades sociales y económicas, las críticas a los sistemas de representación, la falta de respuestas oportunas, el velo de secretismo con que se cubre la información pública y la resistencia recalcitrante a los cambios, entre otros serios cuestionamientos.

A pesar de la influencia de las ideas de OSBORNE y GAEBLER –por ejemplo, sirvieron de marco conceptual y filosófico de la reforma gubernamental de la administración Clinton-, aún no se observan administraciones públicas transformadas radicalmente de acuerdo a estos postulados. ¿Por qué?

Tal vez la razón estriba en la insuficiencia de los procesos transformadores internos que, aunque comprendan cambios imprescindibles no son del todo capaces de lograr una reinención centrada en las necesidades de los ciudadanos-clientes del Estado, de manera que siguen presentes vicios tales como la inflexibilidad burocrática, las esperas, la complejidad y la apatía a la hora de interactuar con organismos públicos, ya que la obra de OSBORNE y GAEBLER no ahonda en instrumentos y metodologías específicas para organismos públicos.

Dicho de otro modo, las transformaciones profundas de la gestión pública se sostienen a partir de instrumentos idóneos para articularlas y cristalizarlas, medios que deben ser identificados e implementados. En esa línea, HOLMES, por ejemplo, señala que la reinención del Estado requiere “[...] en gran medida un instrumentador [sic]. Algo que estimule el trabajo en equipo y la compartición [sic] de la información [...]. Algo que sea útil para los negocios. Algo que sea relevante para la vida cotidiana de los ciudadanos y que satisfaga sus necesidades y sus circunstancias personales. Algo como Internet”⁸.

A partir del reconocimiento de ideas como ésta se sostienen cambios evidentes que no son exclusivos de un proceso modernizador del Estado sino que derivan de un fenómeno social mayor, caracterizado por las comunicaciones electrónicas⁹.

Sin embargo, el instrumento tecnológico no basta, a pesar de sus potencialidades, de manera que queremos destacar otro medio de transformación clave, complementario para el logro de los cambios esperados, aportado esta vez por el Derecho y constantemente olvidado, omitido o, incluso, desprestigiado por las tesis empresariales de nueva gestión pública. Nos referimos al procedimiento administrativo, aquél cauce, aquél *iter* por el que transita el quehacer público para adoptar una decisión revestida de legitimidad jurídica y

⁷ Véase a SANTANA, Leonardo y NEGRÓN, Mario. “Reinventing Government: nueva retórica, viejos problemas”, en Revista del CLAD Reforma y Democracia N°6, julio 1996. [en línea] <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/0919.pdf>> [Consulta: 4 de noviembre de 2007].

⁸ HOLMES, Douglas. E-gob Estrategias para el uso eficiente de Internet en el gobierno. Mc Graw Hill Interamericana Editores, México, 2001, p.2

⁹ Esta idea la hemos desarrollado con más profundidad en nuestro artículo “Ciberespacio, sociedad y derecho”, publicado, entre otros, por la Revista Chilena de Derecho Informático, N°3, diciembre, 2003, del Centro de Estudios en Derecho Informático, de la Universidad de Chile.

respecto del cual desarrollaremos una defensa para posicionarlo a la par de la herramienta tecnológica.

A nuestro juicio, la mayor falencia de los modelos de base empresarial radica en su lejanía del sustento jurídico, indispensable dentro de un Estado Constitucional de Derecho en que el poder soberano se legitima y limita por la juridicidad, en donde lo razonable de las decisiones administrativas queda demostrado, entre otros aspectos, por el cauce seguido para su adopción.

¿Acaso es posible reinventar la gestión de los servicios públicos más allá de las funciones que les caben y del ámbito de competencia en donde deben operar, basándose únicamente en enfoques pragmáticos de las actividades empresariales? En absoluto. Estas acciones no pueden avalarse argumentando únicamente las mejoras que podrían proporcionar a las labores estatales, sin un reconocimiento legal expreso, pero esto que para el Derecho Público no ofrece mayores dudas, es soslayado por las tesis del *new public management*, lo que justifica nuestra investigación.

Mientras más se advierte la tiranía de la eficiencia –obtener rendimientos al menor costo-, nos interesa demostrar la miopía de aquellos que descartan el aporte del Derecho a los procesos de transformación estatal, olvidando que junto a los principios de eficiencia y de eficacia, se deben resguardar también aspectos como la igualdad en la ley y la no discriminación arbitraria, la publicidad y transparencia de los actos administrativos, el respeto y promoción de la dignidad y derechos de las personas, la probidad administrativa y el debido proceso, siendo los procedimientos administrativos, el instrumento necesario para garantizarlo.

II.- EXCURSUS: GOBIERNO ELECTRÓNICO PARA LA TRANSFORMACIÓN ESTATAL

Antes de desarrollar el estudio sobre el valioso papel instrumental del procedimiento administrativo en toda iniciativa de nueva gestión pública, bien vale una breve digresión explicativa acerca de la herramienta tecnológica a que aludimos precedentemente, eso sí, advirtiendo que para nosotros se identifica no sólo con la red Internet, como sostiene HOLMES, sino con un concepto más amplio: el gobierno electrónico o gestión electrónica del Estado.

A la hora de delimitar en un marco conceptual el alcance de una expresión nueva como el gobierno electrónico -catalogada también como gobierno digital, gobierno en línea o e-gobierno, entre otras-, no pueden faltar ciertos elementos básicos: una definición, un ámbito en el que es aplicada y algunas características distintivas.

En esa línea, las investigaciones sobre gestión electrónica del Estado suelen ser objeto de un ejercicio metodológico común que comienza por la explicación del autor respectivo sobre lo que él entiende por gobierno electrónico. A modo de ejemplo, GARTNER GROUP define e-gobierno como “la innovación continua de los servicios, la participación de los ciudadanos y la forma de gobernar mediante la transformación de las relaciones externas e

internas a través de la tecnología, Internet y los nuevos medios de comunicación”; la Organización de las Naciones Unidas, por su parte, lo describe como “actividades dirigidas por Internet en las que se mejora el acceso de los ciudadanos a la información, los servicios y la experiencia que le aseguran una participación y satisfacción de los procesos gubernamentales”; y para el Banco Mundial, gobierno electrónico dice relación con los “sistemas de tecnologías de información y comunicaciones, propiedad de, u operados por el gobierno que transforman las relaciones con los ciudadanos, el sector privado y/u otras agencias de gobierno para promover el apoderamiento del ciudadano, mejorar la entrega de servicios, fortalecer la responsabilidad y rendición de cuentas, incrementar la transparencia o mejorar la eficiencia de gobierno”.¹⁰

En el caso chileno, los órganos públicos acuden a la definición aportada por el Instructivo Presidencial N°5, de 2001, para el desarrollo del Gobierno Electrónico, que lo entiende como el “uso de las tecnologías de información y comunicaciones que realizan los órganos de la Administración para mejorar los servicios e información ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y la eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos”¹¹.

Aunque de las definiciones recién citadas –entre otras- resultan comunes expresiones tales como “transformación”, “tecnología” o “participación”, la dispersión de enfoques y la contaminación terminológica que observamos en la literatura que se refiere al tema, nos hace aconsejable adherir a la costumbre, a esa práctica habitual de conformar una definición propia que, aunque no persiga univocidad, resultará útil para comprender el sentido y alcance de la expresión en el contexto de este trabajo.

Para nosotros, “gobierno electrónico” se refiere a un “conjunto de acciones y procesos diversos que, apoyado en el uso intenso e innovador de las tecnologías de información, tiene por objeto implantar un nuevo modelo de gestión inteligente y coordinado en el sector público”. De este modo, lo vemos como sinónimo de gestión electrónica del Estado, en donde cada proyecto es un medio de transformación.

Como primer comentario a esa definición, subyace en ella el rol instrumental –son acciones y procesos para implantar un modelo- y la necesidad de una calificación apropiada que, por un lado, no la asocie a un tipo de órgano nuevo o a una clasificación más de gobierno, ni que, por el otro, la limite únicamente a las potestades que le corresponden sólo a ciertas autoridades del sector público que tienen por función el gobernar, excluyendo de estos principios de gestión electrónica a los órganos jurisdiccionales, legislativos y fiscalizadores. Asimismo, no se trata de cualquier medio porque es del todo idóneo para alcanzar transformaciones profundas del actuar administrativo, como las que espera el modelo de *reinventing government*, gracias a sus iniciativas innovadoras que van mucho más allá de la mera automatización de procesos viejos y fracasados.

¹⁰ DIAS, Claudia. “Gobierno electrónico: definiciones, características, potenciales beneficios, desafíos y tipos de evaluación”, en: Anales de la II Conferencia Suramericana en Ciencia y Tecnología Aplicada al Gobierno Electrónico – Conegov. Florianópolis, agosto de 2005. Reproducido por el Tribunal de Cuentas de la Unión, Brasil, en el documento inédito “Marco conceptual de evaluación de gobierno electrónico”.

¹¹ Instructivo Presidencial N°5, 2001, que imparte instrucciones para el desarrollo del Gobierno Electrónico.

Bajo nuestra definición, el gobierno electrónico resulta omnicomprensivo de una heterogénea muestra de proyectos que son desarrollados en el sector público para automatizarse de manera radical. No basta, entonces, con sólo habilitar sitios web de los organismos públicos o permitir la realización de algunos trámites por Internet; hay que incluir acciones más complejas, como la generación de nuevos canales de participación en la vida pública o que faciliten el ejercicio de derechos como el de petición o el de acceso a información pública. Se requieren esfuerzos que incluso no siempre están a la vista de sus destinatarios, como puede ser la optimización y simplificación de los procedimientos administrativos internos, representando digitalmente los diferentes actos trámite.

Si bien la definición no lo explicita, las acciones y procesos de gestión electrónica se desenvuelven en dimensiones que dejan a la vista un alcance bifronte. Por un lado, una cara de tipo *front office* mira hacia el variopinto escenario de clientes del sector público – ciudadanos, empresas, sociedad civil en su conjunto, universidades, medios de comunicación, servicios públicos, organismos internacionales, entre otros-. Por la otra aparecen las acciones de *back office*, que comprenden la manera de trabajar internamente en los organismos públicos y que suelen no ser percibidas de manera plausible e inmediata por sus clientes, sino más bien indirectamente, a través de los resultados.

También se advierte un carácter evolutivo que distingue al gobierno electrónico porque la diversidad de acciones se expresa de acuerdo al nivel de progreso tecnológico que presenta cada servicio público, logrando de forma paulatina sus objetivos a través de derroteros que van desde la familiarización tecnológica y el rediseño de los procesos, hasta actuaciones coordinadas con otros órganos del sector público, pasando por fases en que se ofrecen transacciones electrónicas alternativamente a los trámites presenciales y otras en que se transforman las funciones críticas del organismo. Al respecto, actualmente en Chile se advierten proyectos mayoritariamente transaccionales y de transformación, siendo aún pocas las acciones concretas de coordinación y unidad electrónica¹².

Complementariamente a la definición existen objetivos generales que inspiran estas acciones y procesos y que gozan de cierto consenso en cuatro aspectos: primero, conseguir una gestión más eficiente, rápida y oportuna, que use mejor los recursos públicos; segundo, ofrecer servicios de mejor calidad para los clientes, más cercanos, personales, simples y efectivos; tercero, aportar mayor transparencia en el quehacer administrativo, con el consiguiente aumento del control ciudadano hacia las autoridades; y cuarto, extender el ejercicio democrático más allá de los períodos de elecciones, mediante instancias nuevas de opinión y decisión ciudadana.

Para concluir esta digresión, creemos útil una pausa a los ímpetus que en ocasiones pueden ser desmedidos sobre el potencial de la gestión electrónica. Al margen de proyectos emblemáticos de éxito, por ejemplo, en el ámbito tributario, en la certificación civil o en la contratación administrativa, se observan acciones que frecuentemente discurren a través de

¹² No obstante, hay avances al respecto, fundamentalmente en el plano regulador, por ejemplo, a través de normas técnicas que fijan estándares para la interoperabilidad (decreto N°81, 2004, Ministerio Secretaría General de la Presidencia).

experiencias aisladas, con poca coordinación frente a otras, apoyadas con financiamientos dispares e insuficientes, y dirigidas sin contar con visiones estratégicas bien definidas. Por ello, nos preocupa el bajo nivel de aprehensión de aspectos esenciales que conciernen al gobierno electrónico, como sus objetivos, principios y proyectos planificados, que, en nuestra opinión, aún no logran posicionarse en la cultura organizacional de la generalidad de los Servicios Públicos. De esta manera, la innovación en las relaciones actuales entre gobierno y ciudadanía aún debe superar pesados obstáculos para resolver defectos o carencias en cada organismo y conseguir el entorno propicio para modernizar al Estado.

En esas condiciones, las voces de aquellos espectadores escépticos a una modernización del Estado, tan esperada pero, a su vez, desgastada por el tiempo, lejos de desalentar las tareas de transformación, deberían servir para generar espacios reflexivos para avanzar con cautela y autocrítica. ¿O es que acaso podemos garantizar hoy el logro de los resultados esperados si la cultura organizacional de los organismos públicos se distancia o resiste a nuevos tiempos de reacción, a ratos vertiginosos, y si el acceso y comprensión de medios como Internet por parte de la mayoría de la población experimenta brechas tan extensas y marcadas como para considerarla aún un privilegio de algunos? Bien vale como respuesta el pensamiento de Mark Twain: “El secreto para avanzar es comenzar. Y el secreto para comenzar es dividir las tareas abrumadoramente grandes en tareas pequeñas y manejables, y abordar la primera”.

Confiamos en el justo valor de este instrumento tecnológico, con sus potencialidades y aptitudes para generar profundas innovaciones, y para robustecerlo queremos aportar una herramienta complementaria que canalice las acciones de gobierno electrónico bajo la consistencia del ordenamiento jurídico. Retomemos, entonces, nuestro estudio sobre el procedimiento administrativo, aquel arquitrabe entre los fines de la Administración y los medios tecnológicos mencionados.

III.- CRÍTICAS AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO BAJO LA MIRADA EMPRESARIAL DE LA GESTIÓN PÚBLICA

Identificar un vínculo real y cercano entre el procedimiento administrativo y la gestión pública puede resultar baladí en el seno de la doctrina administrativista. Incluso, la necesidad de defender la ritualidad del quehacer de los Servicios Públicos puede ser vista como un ejercicio inútil, como un hecho público y notorio que no requiere prueba. Sin embargo, argumentar a favor de los procedimientos administrativos en el plano de los modelos de nueva gestión pública no es, en absoluto, un tema pacífico. Por el contrario, abre un debate poco estudiado en las ciencias administrativas.

Los enfoques empresariales de la gestión del Estado se han ido construyendo sobre modelos que, como mencionamos, no se detienen en aspectos jurídicos ni profundizan deberes, principios y valores que subyacen a la labor administrativa dentro de un Estado Constitucional de Derecho. Las corrientes post-burocráticas o las de Gobierno Empresarial, por ejemplo, promueven el desapego a todo formalismo que atente contra la eficiencia, menosprecian el cauce ritual que contienen las normas jurídicas y apelan a estilos administrativos con flexibilidades que pueden resultar inusuales para los organismos

públicos. Por lo tanto, bien vale una defensa del procedimiento administrativo como factor de modernización estatal.

El desprestigio del procedimiento administrativo o su ausencia absoluta de los análisis sobre transformación estatal que efectúan estas corrientes no es consecuencia exclusiva del hecho que éstas emanen de las ciencias administrativas y no de disciplinas jurídicas, porque esto no es necesariamente un obstáculo a la existencia de posturas que ubiquen al procedimiento administrativo en el sitio que merece. Más bien creemos que el propio comportamiento oscilante que ha demostrado el procedimiento administrativo en su historia es la principal causa para que algunos lo estimen como una rémora con excesivo formalismo, en donde la escrituración en abundantes papeles se mira como un reflejo de la lejanía del Estado respecto de la modernización, dando una clara ventaja competitiva a la gestión menos formalizada de los privados.

Basta recordar que en sus orígenes en la Francia dieciochesca, la ritualidad que imprimía el procedimiento a la función administrativa era un signo para distinguir los asuntos gubernativos de los asuntos contenciosos, propios de los tribunales de justicia. El procedimiento administrativo contaba con trámites más ágiles e informales, albergando desde su nacimiento una expresión de vitalidad proveniente del Estado liberal de Derecho que, recordemos, reacciona contra el absolutismo legitimando las actuaciones mediante la limitación del poder. Es decir, fue concebido como un cauce expeditivo sujeto a la legalidad, al que luego se le introdujeron garantías propias de los procesos judiciales para proteger derechos.

Sin embargo, la eficiencia ligada al procedimiento administrativo comenzó a ser fuertemente cuestionada durante el siglo pasado, momento en el que se observó un excesivo formalismo similar al del proceso judicial del que tanto se diferenciaba, con profundo apego a la escrituración, en especial a la noción de expediente, casi transformando al procedimiento administrativo en un corpus material rígido, pesado y lento.

Era necesario devolver al quehacer administrativo la eficiencia que le había privado un procedimiento disfuncional, con ritualidades irrelevantes y escrituración desmedida, de modo que aparece una tendencia partidaria de eliminar formalidades, para orientarse al resultado de la gestión. Lamentablemente, las posturas más extremas se propician por un movimiento “eficientista” que encuentra soluciones en los modelos de gerencia privados que hemos presentado anteriormente, sin plantearse la reflexión jurídica de sus válidas aspiraciones.

Por esa razón, ahora se ha tratado de revalorizar el papel del procedimiento administrativo incluso como factor de eficiencia, ya que las tesis críticas extremas lo “jibarizan” no sólo respecto de ritos inútiles sino también en garantías esenciales para el orden jurídico, con altos costos a cubrir en el plano de la juridicidad, los derechos de los interesados, la calidad de las decisiones administrativas y la participación ciudadana.

Pretendemos, por tanto, a través de este breve estudio preliminar, rebatir opiniones que ven una dialéctica entre el procedimiento administrativo y la eficiencia de la gestión pública, no

sólo provenientes desde fuera de las Ciencias Jurídicas, sino también las que puedan sostenerse desde la cátedra del Derecho Administrativo¹³.

IV.- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO EXPRESIÓN DE JURIDICIDAD

La construcción de todo modelo de gestión pública indefectiblemente se topará con las limitaciones que proporciona el ordenamiento jurídico y es probable que la reacción natural de estos arquetipos, sobre todo mientras más innovadores sean, los haga tratar de abrirse paso calificando a las normas como obstáculos injustificados, herederos de tiempos burocráticos que no habría que tomar en cuenta en la actualidad.

Sin embargo, bien sabemos que la función reguladora del Derecho es esencial para poner coto al poder desmedido de la autoridad estatal, ante la tentación o el infortunio de desviarse de los fines que justifican sus potestades. Por eso, el límite que recibe la eficiencia de la gestión pública propuesta por modelos no formalizados, al tener que ceñirse a procedimientos administrativos, no equivale a una carencia o a un anacronismo sino a un compromiso para la vida en sociedad. Precisamente, SOTO KLOSS nos recuerda que el Derecho es un instrumento civilizador, un ligamen a través de su función reguladora, para concretar lo justo y no una mera fachada formalista.¹⁴

En este sentido, la principal debilidad para implantar un esquema empresarial privado en la gestión de los organismos estatales radicará en el silencio que guarden esas tesis frente al papel del ordenamiento jurídico, ya que no se puede abogar por la eficiencia sin ofrecer salidas viables para las transformaciones más substanciales, es decir, las propuestas deben considerar un escenario real para la Administración, en donde la autoridad esté subordinada en su actuar al Derecho.

El que estos modelos de administración reposen en la juridicidad se explica incluso en espacios de discrecionalidad administrativa que, por cierto, se multiplican gracias a las ideas de mayor flexibilidad y eficiencia del quehacer público. Nos referimos a esas zonas en que el legislador habilita a la autoridad un margen de libertad mayor que en las potestades regladas, que va más allá incluso de la libre apreciación sobre la conveniencia o la oportunidad de dictar un acto administrativo. De hecho, la doctrina ha propuesto distintas miradas al alcance de la discrecionalidad, aunque todas apuntan a esa mayor amplitud de

¹³ A modo de ejemplo, el profesor Bermúdez Soto señala: “Hoy día la Administración está orientada al logro de la eficiencia, a la administración por objetivos, la economía de medios, la privatización de las tareas públicas y la informalización de las actuaciones administrativas. Todas ellas son ideas o tendencias que apuntan precisamente en el sentido contrario de aquello a que tiende el procedimiento administrativo”. Consideramos contradictoria su afirmación porque, luego de presentar claramente las funciones del procedimiento aparece sosteniendo una discrepancia teleológica que nos parece inexistente, al menos en el plano teórico. Véase BERMÚDEZ, Jorge. “Función y tipología del procedimiento administrativo”, en: Acto y Procedimiento Administrativo. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007, p.30.

¹⁴ SOTO K., Eduardo. “Estado de Derecho y Procedimiento Administrativo”, en: Revista de Derecho Público N°28, julio-diciembre, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1980, p.101-103.

acción en la toma de decisiones, pudiendo elegir una actuación que no aparece positivamente predeterminada por el legislador¹⁵.

En el caso de este estudio, la discrecionalidad está relacionada con la forma y los pasos seguidos para una actuación, que contrastan con el ejercicio de potestades regladas. Cobra fuerza, entonces, la distinción entre procedimientos con tramitación preestablecida y aquellos en que se deja libertad al instructor para fijarla, conocidos como procedimientos no formalizados, un tipo en que “el fin público a alcanzar no tiene legal ni reglamentariamente señalado el camino, sino que éste lo fija en cada caso el instructor del procedimiento atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía”¹⁶.

Las iniciativas innovadoras derivadas de la discrecionalidad administrativa y, por supuesto, la existencia de procedimientos no formalizados son parte del Estado de Derecho y se encuentran sujetos al control jurídico, incluso, pese a que existan posiciones doctrinales que avalan distintas intensidades en ese control si es ejercido en sede jurisdiccional, para respetar a través de ciertos matices la separación de poderes, evitando que el examen judicial “[desborde] el contenido de la función de juzgar y se [traduzca] en la apropiación por el juez de parcelas de aquella discrecionalidad”¹⁷.

Sea que el control recaiga sobre la motivación del acto discrecional, la competencia para ejercer dicha potestad, el alcance conferido por la ley, la finalidad pública que evita el vicio de desviación de poder o ciertos presupuestos fácticos necesarios para que actúe la Administración, en resumen, tales elementos aspiran a evitar la arbitrariedad administrativa, que no debe entenderse como sinónimo de la discrecionalidad ya que aquélla está desterrada del ordenamiento jurídico nacional. Siguiendo a Tomás Ramón FERNÁNDEZ, el principio de interdicción de la arbitrariedad “[...] postula una distinción neta entre [...] lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo [...] de una fundamentación que lo sostiene”¹⁸.

Las políticas públicas de modernización estatal, independiente del grado de flexibilidad discrecional que instruyan a las autoridades encuentra en los procedimientos administrativos la constancia de esa motivación que opera como primer criterio de deslinde con la arbitrariedad, caso este último en que la decisión contaría con un sustento insuficiente porque en un Estado de Derecho no hay margen para el poder puramente personal. Asimismo, como la arbitrariedad no se agota sólo en la falta de motivación, esto es, en el acto caprichoso o que expresa una voluntad irracional, se debe complementar con

¹⁵ Por ejemplo, algunos la circunscriben sólo al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas administrativas; otros, sólo al supuesto de hecho imperfecto de tales preceptos; y también hay quienes la admiten en ambos aspectos. Véase BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

¹⁶ GONZÁLEZ, Francisco. “Procedimientos administrativos generales y especiales, formalizados y no formalizados (Algunas ideas elementales)”, *Revista de Derecho Público* N° 33-34, Universidad de Chile, 1983, p. 139.

¹⁷ SÁNCHEZ, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1994, p. 10.

¹⁸ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pp. 105-106.

la exigencia de idoneidad o adecuación del acto al fin para el que fue creado, ya que de no ser aptos para conseguirlo, serían arbitrarios. Será necesario, entonces, que a través del procedimiento se justifique objetivamente el poder discrecional, considerando su afectación al fin, a través del examen del proceso lógico que conduce a la decisión¹⁹.

Además, son los procedimientos administrativos y no las políticas o directrices que aportan los modelos de gestión empresarial los capaces de concretar la interdicción de la arbitrariedad, porque aquéllos operan en un plano más tangible. El sólo postular la no formalización y rapidez no basta para evitar que las autoridades vulneren el principio de clausura del Derecho Público²⁰, al pasar desde decisiones discrecionales lícitas al ejercicio de potestades implícitas, proscritas de nuestro sistema jurídico constitucional, incluso si se pretenden hacer valer por circunstancias extraordinarias. Por tanto, las ventajas de la modernización del Estado, sin control ni habilitación suficientes, no son capaces de sortear este pilar constitucional.

Aclarada la idea del control de las potestades gracias al procedimiento administrativo, incluso en ámbitos de mayor libertad para las autoridades, creemos importante destacar que las transformaciones en la gestión pública exigen cambios en el paradigma actual que deberán ser conseguidos, también siguiendo el camino que el ordenamiento jurídico disponga, sea reglado o discrecional.

Conducir a los actos y decisiones de la Administración no sólo a través de potestades regladas, sino también discrecionales resulta imprescindible para el funcionamiento institucional actual. Basta pensar cuán difícil puede ser el lograr estándares de calidad del servicio público esperados por la sociedad civil, si el aparato estatal se limita a seguir de manera absoluta y rígida el cauce predeterminado por la ley, más aún si la diversidad y complejidad funcional y técnica de las tareas que el Estado debe atender requiere adaptación a nuevas exigencias y flexibilidad para adoptar decisiones más adecuadas en cada momento.

Por eso la discrecionalidad en los procedimientos administrativos juega, a nuestro juicio, un valioso aporte a la juridicidad de las transformaciones de la gestión pública, especialmente para aquellas situaciones en que las estrictas exigencias del procedimiento formativo de la ley no se condicen con el ritmo de actuación requerido y la especificidad de una materia. Es momento de reconocer –pese a ser comunes en la práctica– la viabilidad jurídica de procedimientos no formalizados, que reducen al mínimo la preclusión y el número de

¹⁹ Respecto al motivar un acto, García de Enterría señala que “significa fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 1974, p.388. Iván Aróstica, por su parte, se refiere a los motivos como “las circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo”, véase ARÓSTICA, Iván. “La motivación de los actos administrativos en el Derecho Chileno”, en: X Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 1986, p.505. Ambos citados por Arturo FERMANDOIS, Derecho Constitucional Económico, Tomo I, segunda edición actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, p.277.

²⁰ Artículo 7º, inciso segundo, CPR: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

trámites, en los que se entiende la sencillez y eficacia no como una ausencia total de formas, sino como el empleo sólo de aquellas indispensables para la seguridad jurídica y que se construyen a partir de las reglas específicas de la ley N° 19.880 y los principios generales del Derecho.

Obviamente lo anterior se plantea como un complemento a los cambios legales y reglamentarios que ineludiblemente sea necesario realizar, específicamente tratándose de procedimientos reglados. No olvidemos que frente a los argumentos de transformación estatal basados únicamente en las razones de eficiencia que, aunque son del todo atendibles por tratarse de la función primordial de la gestión pública -asegurar la satisfacción de necesidades colectivas de modo eficaz y oportuno-, no habilitan para omitir sin más los cauces jurídicos formales, requiriéndose para ello del instrumento apropiado –en ocasiones de rango legal- y su debida justificación.

Finalmente, la juridicidad se expresa por medio de los procedimientos administrativos cuando estos actúan como puente interno entre la Administración y el Derecho, gracias a las bases constitucionales y las reservas legales que establece la Carta Fundamental y que nos llevan a concluir que no sólo la eficiencia de los organismos públicos debe ser procurada en los procesos de transformación estatal²¹.

Para comenzar, el constituyente ha elevado el papel de las formas como una exigencia esencial para la validez de todos los actos administrativos, tanto en el procedimiento de producción como en la manifestación externa del acto²². En este sentido, la autoridad, por más eficientemente que desee realizar sus funciones no puede expresarse de manera espontánea, sino sólo en los modos específicos previstos y sancionados por el ordenamiento jurídico, aportando así, “previsibilidad” a la decisión administrativa y, con ello, la expectativa de que ésta sea armónica con criterios manifestados y pasos seguidos con anterioridad en situaciones equivalentes.

Asimismo, la Constitución alude al procedimiento administrativo a propósito del debido proceso e incluye una reserva legal para el establecimiento de garantías de un racional y justo procedimiento que, como es sabido, no se agota en la sede judicial. Por esta vía, se consagra una regulación dogmática -no orgánica, porque está contenida en el artículo 19- que reconoce un derecho fundamental para todo aquel que se vea afectado, favorablemente o no, por las decisiones de la autoridad emanadas del ejercicio de sus potestades de autotutela normativa. Conlleva, igualmente, un deber de crear ritualidades que aseguren la defensa de los derechos de las personas por intermedio del legislador y no por vía reglamentaria, al menos, no con capacidades de innovar respecto de la ley²³.

²¹ Véase a MONTT O., Santiago. “El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso”, en: Revista de Derecho Público, Vol N°65, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, pp. 120 y ss.; JARA S., Jaime. Apuntes Acto y Procedimiento Administrativo. Borrador inédito, 2006.

²² Artículo 7°, inciso primero, CPR: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.”

²³ Artículo 19 N°3, inciso quinto, CPR: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Por lo tanto, ¿podría aceptarse la omisión de ritualidades de garantía del debido proceso, por ejemplo, respecto de traslados y audiencias para formular descargos en un procedimiento sancionador o eliminar etapas informativas e hitos para acompañar antecedentes que aporten a la decisión final en un procedimiento licitatorio, si la autoridad estima que así disminuye el tiempo de respuesta y el acto gana en oportunidad? Claramente no es una decisión referida sólo a la eficiencia y tampoco corresponde a un ámbito discrecional de la Administración, sino que únicamente toca al legislador realizar modificaciones de este orden, por expreso mandato constitucional, dado que se afecta el ejercicio de derechos fundamentales.

En definitiva, el procedimiento administrativo es un instrumento clave para que la transformación de la gestión pública se adecue a la juridicidad que debe respetar todo organismo estatal, más aún si la eficiencia no puede eludir el control y éste, en último término, garantiza la razonabilidad de las decisiones de la autoridad.

V.- FUNCIONES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Hemos señalado que los modelos empresariales de gestión pública que no propicien políticas fielmente respetuosas del Estado Constitucional de Derecho incurren en un profundo error metodológico que atenta contra la viabilidad de las reformas que proponen. A partir de este argumento, el aporte del procedimiento administrativo como instrumento jurídico para las transformaciones del Estado resulta ineludible, incluso si se le concibe sólo realizando un papel tributario del acto administrativo²⁴, porque ese rol adjetivo no excluye el papel de garante que está presente en las funciones propias del procedimiento.

Aparentemente el procedimiento administrativo podría enfrentar una dialéctica constante entre su faz de garantía y la de eficacia. A través de la primera ordena de manera secuencial una serie de actos y medios para asegurar la efectividad de los derechos de las personas. Para atender a la segunda, regula esa acción racionalmente con normas dirigidas a un fin y con unidad de efecto. Sin embargo, reiteramos: el conflicto es aparente si se observan las funciones inherentes al procedimiento.

Tales funciones genéricas, luego de ser analizadas, además resultan plenamente coincidentes con las aspiraciones de modernización que motivan los modelos de gestión pública con base empresarial, e incluso, calzan con los objetivos generales que revisamos para el gobierno electrónico, a saber, una gestión más eficiente y oportuna, servicios de mayor calidad para las personas, más transparencia y nuevos canales de participación.

Siguiendo la clasificación aportada por JARA SCHNETTLER, quien distingue una garantía de legalidad, acierto y buen orden de los asuntos administrativos; una garantía de defensa de los derechos de los administrados; y una garantía de participación de otros órganos públicos

²⁴ Art. 18, inciso 1º, ley N°19.880: “Definición. El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”.

o de los propios ciudadanos en los asuntos administrativos²⁵, explicaremos brevemente por qué el procedimiento administrativo puede ser calificado como instrumento idóneo para la transformación del Estado.

1. Garantía de legalidad y acierto de las decisiones administrativas

Desde esta perspectiva, el procedimiento actúa como un medio apto para asegurar que la decisión administrativa sea el resultado de elementos de juicio suficientes y se adopte del modo más conforme con el bien común. Gracias a ella, el procedimiento administrativo cumple un rol ordenador de la actuación interna durante el proceso de toma de decisiones y nos ofrece la sustentación del acto, uniendo esta función con el principio de interdicción de la arbitrariedad, dado que tras seguir los pasos establecidos para la legalidad del acto, la probabilidad de un desvío en el ejercicio de las competencias disminuye.

Se produce, por consiguiente, un uso más acertado de las potestades administrativas, altamente valorado en situaciones discrecionales de la autoridad en las que, como hemos visto, el procedimiento permite conocer y acreditar de mejor manera los intereses comprendidos en la actuación administrativa, aportando calidad al proceso.

Esta función, también llamada de ordenación, se aprecia desde distintas perspectivas que BERMÚDEZ SOTO ha sintetizado y de las cuales nosotros destacamos la ordenación de la información con que cuenta o de la cual debe hacerse la Administración; la ordenación de la tramitación; la ordenación temporal ajustando los actos trámite a los plazos; y la ordenación de los medios, esto es, de las capacidades y calificación de los entes públicos²⁶.

En definitiva, el procedimiento debe ser concebido como una forma de simplificar la gestión pública evitando permanentes y reiterados esfuerzos creativos de las autoridades y los funcionarios, siguiendo prácticas uniformes que se consideren acertadas para el actuar administrativo. Como señala SOTO KLOSS “es racionalizar hábitos de higiene decisional [sic], por medio de una adecuada ordenación”. Y agrega “[...] no hay posibilidad [...] de obtener productividad, economía y desburocratización [sic], sin ordenar racionalmente –o sea por normas- la actuación de los agentes administrativos [...]”, destacando la incidencia de esa “higiene decisoria” en la sanidad política²⁷.

2. Garantía de los derechos de los administrados

Por otra parte, las formas que impone el procedimiento permiten asegurar que la autoridad administrativa actúe respetando los derechos de las personas, no sólo de los interesados en el procedimiento, sino también de terceros. Con ello, se trata de considerar al ciudadano como sujeto de derechos y parte vinculada al proceso de toma de decisiones, y no como un objeto más del procedimiento.

²⁵ JARA S., Jaime. Op. Cit., p.48.

²⁶ BERMÚDEZ, Jorge. Op. Cit., p.26.

²⁷ SOTO K., Eduardo. Op. Cit., p. 117.

JARA SCHNETTLER²⁸ nos explica que la función defensiva tiene su origen en los efectos que los actos administrativos pueden ocasionar a los particulares que se verían perjudicados si no contaran con la posibilidad de defenderse, entendiendo a la indefensión, principalmente como el resultado de no poder ser oído durante el procedimiento. De tal manera, si en razón de bien común la Administración adopta resoluciones que causan gravamen a las personas, esto es, que contienen actos limitativos o desfavorables, el procedimiento le obliga no sólo a demostrar las razones que llevaron a la decisión final, sino también a respetar el derecho de defensa (*audi alteram partem*).

Se estima que mientras más específica y compleja es la decisión, mayores son los requerimientos en la conformación del procedimiento administrativo. Como resultado de lo anterior, los actos de gravamen sólo deberían ser dictados si se tienen suficientes garantías de su apego al ordenamiento jurídico, a partir de formalidades que brindan oportunidades dentro del procedimiento para demostrar vicios de legalidad, incoar acciones para su invalidación cuando corresponda y, en general, para formular toda clase de alegaciones y presentar antecedentes útiles para la acertada decisión final.

3. Garantía de participación

Como mencionamos al comienzo de este trabajo, la sociedad civil no es un mero espectador, sino un útil coadyuvante de la Administración, especialmente en el ejercicio de las competencias en que convergen intereses difusos, colectivos o complejos, y donde las decisiones repercuten masivamente en la comunidad.

Gracias a esta participación ciudadana en la vida nacional que se ve facilitada por el procedimiento administrativo, el ciudadano puede intervenir directamente en la elaboración de decisiones de la autoridad que lo afectarán y es posible obtener, además, avances en eficiencia administrativa, no sólo porque se economizan medios y porque el ente público ahorra el tiempo que le demandaría la revisión *ex post* de sus decisiones, en la medida que las personas puedan advertir oportunamente vicios que deban ser corregidos, sino también porque la participación genera dividendos políticos vinculados a la legitimidad de las decisiones y la aprobación de la ciudadanía.

Por otra parte, la participación no sólo se presenta a nivel de la sociedad civil, ya que el procedimiento también opera como instrumento de coordinación administrativa entre distintos órganos públicos, en diversas materias en que se exigen trámites concretos ante más de un ente de quien, por ejemplo, se solicita un informe previo, una autorización o una consulta. Con procedimientos inter institucionales, los Servicios pueden obedecer el mandato legal que los insta a cumplir sus cometidos coordinadamente y a propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones, como dispone el artículo 5º, inciso 2º de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases General de la Administración del Estado.

Finalmente, podemos agregar a esta garantía de participación una función de cooperación que menciona BERMÚDEZ SOTO, tras reconocer que en el acopio de información necesaria

²⁸ JARA S., Jaime. Op. Cit., p.48-50.

para adoptar decisiones, se debe velar por los derechos e intereses de los particulares, siendo de vital importancia en el momento previo a la decisión, la cooperación para balancear y ponderar debidamente el interés público comprometido, el interés particular concernido y el estándar de decisión recomendado a partir de la recolección de antecedentes²⁹.

VI.- IDEAS FINALES

Tras estas líneas hemos tan sólo apuntado breves exploraciones a ideas que sostienen una premisa básica: la gestión pública requiere una transformación y el Derecho debe generarla. Cualquier propuesta que prescindiera de la ordenación que aportan las normas jurídicas, sea por olvido, desconocimiento o intencionadamente, se precipita inevitablemente al fracaso, ya que el Estado legitima todo su accionar ante la persona gracias al ordenamiento jurídico que lo regula.

En ese sentido, las aspiraciones de modernización basadas en profundos cambios para la Administración provenientes de experiencias del sector privado, en la medida que se alejen de la realidad de lo público encontrarán serios obstáculos para su materialización, aunque se justifiquen en valiosos aportes para mejorar las funciones de los entes administrativos.

De igual modo, tales modelos de cambio requieren de instrumentos para su concreción suficientemente aptos para provocar giros al devenir tradicional y alcanzar los resultados que los fundamentan. Explicamos que, para nosotros, dichas herramientas tienen raigambre tecnológica y jurídica, pese a que esta última, experimenta críticas que la estigmatizan como rémora a la modernización.

Los argumentos que hemos ofrecido para defender el papel del procedimiento administrativo como ese instrumento altamente transformador de la gestión pública fueron circunscritos a la idea de juridicidad del actuar –tradicional o modernizado- de los órganos públicos, siempre sujetos al control por parte del Derecho y que circulan por un derrotero colindante a aquel de la arbitrariedad y el abuso de poder de las autoridades. Demostramos que gracias al procedimiento administrativo es posible mantener separados el camino de la legalidad con el del capricho y falta de motivación en las decisiones.

Y para mayor claridad, explicamos que de la propia naturaleza del procedimiento administrativo brota su vocación de eficiencia y garantía, con lo que se derrumban las críticas a su papel en los procesos de transformación estatal. En efecto, las funciones esenciales que cumplen calzan con los objetivos generales del gobierno electrónico, medio unánimemente aceptado en proyectos modernizadores de gestión. Cuán cerca se encuentra la función de ordenación con la meta de una gestión más eficiente, o la de participación con el objetivo de mayor ejercicio democrático. De manera similar comparamos la función de garantía de derechos con el objetivo de mayor control, precisamente a través del ejercicio de derechos ante la autoridad.

²⁹ BERMÚDEZ, Jorge. Op. Cit., p.27

Incluso podemos ir más lejos y encontrar semejanzas entre las funciones del procedimiento administrativo con las aspiraciones de los modelos de nueva gestión pública, si recordamos que para éstos el énfasis reposa en mejores resultados en cuanto a su calidad, del mismo modo a lo que se pretende con el procedimiento administrativo desde el punto de vista del acierto en las decisiones adoptadas.

Como su título lo indica, este es un estudio preliminar que ha pretendido desarrollar una apología del procedimiento administrativo frente a las corrientes de gestión pública que prescindan de él como medio para alcanzar sus objetivos, y en tal carácter, debe dar pie a otras investigaciones. Específicamente, adelantamos dos temáticas en las cuales proyectarlo. Primero, ocuparse de las modificaciones que deben realizarse a los procedimientos vigentes, sea por vía legal o reglamentaria, sea por ejercicio de potestades discrecionales que impriman flexibilidad e innovación al quehacer administrativo. En este tema, merece especial mención el papel de la ley N° 19.880, en su calidad de ley de bases de los procedimientos administrativos.

Y en segundo término, identificamos un concreto medio a implementar que es capaz de representar el engarce entre el medio tecnológico y el jurídico. Se trata de los procedimientos administrativos electrónicos, en cuanto a su sustento normativo, los principios que lo informan y las reglas para su construcción. Esperamos poder continuar con esas interesantes investigaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, MARIANO. La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997
- BERMÚDEZ, JORGE. “Función y tipología del procedimiento administrativo”, en: Acto y Procedimiento Administrativo. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007
- DIAS, CLAUDIA. “Gobierno electrónico: definiciones, características, potenciales beneficios, desafíos y tipos de evaluación”, en: Anales de la II Conferencia Suramericana en Ciencia y Tecnología Aplicada al Gobierno Electrónico – Conegov. Florianópolis, agosto de 2005. Reproducido por el Tribunal de Cuentas de la Unión, Brasil, en el documento inédito “Marco conceptual de evaluación de gobierno electrónico”
- FERMANDOIS, ARTURO. Derecho Constitucional Económico, Tomo I, segunda edición actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006
- FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. Arbitrariedad y discrecionalidad. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991

- GONZÁLEZ, FRANCISCO. “Procedimientos administrativos generales y especiales, formalizados y no formalizados (Algunas ideas elementales)”, Revista de Derecho Público N° 33-34, Universidad de Chile, 1983

- GUERRERO, OMAR. “Nuevos Modelos de Gestión Pública”, en Revista Digital Universitaria, Vol.2, N°3, 2001. UNAM. [en línea]
<<http://www.revista.unam.mx/vol.2/num3/art3/index.html>> [Consulta: 4 de noviembre de 2007]

- HOLMES, DOUGLAS. E-gob Estrategias para el uso eficiente de Internet en el gobierno. Mc Graw Hill Interamericana Editores, México, 2001

- INSTRUCTIVO PRESIDENCIAL N°5, 2001, que imparte instrucciones para el desarrollo del Gobierno Electrónico

- JARA S., JAIME. Apuntes Acto y Procedimiento Administrativo. Borrador inédito, 2006

- MONTT O., SANTIAGO. “El procedimiento administrativo: Una tarea esencial aún pendiente para el Congreso”, en: Revista de Derecho Público, Vol N°65, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003

- OSBORNE, D. y GAEBLER, T. La Reinención del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público. Ediciones Paidós, Barcelona, 1994

- SÁNCHEZ, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1994, p. 10

- SANTANA, LEONARDO y NEGRÓN, MARIO. “Reinventing Government: nueva retórica, viejos problemas”, en Revista del CLAD Reforma y Democracia N°6, julio 1996. [en línea] <<http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/0919.pdf>> [Consulta: 4 de noviembre de 2007]

- SOTO K., EDUARDO. “Estado de Derecho y Procedimiento Administrativo”, en: Revista de Derecho Público N°28, julio-diciembre, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1980