

Capítulo XXVIII

EL PAPEL DEL ABOGADO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Uno de los aspectos principales referentes a la formación profesional jurídica, es el papel de los abogados en la administración pública. Para nadie es un secreto que la gran mayoría de los servidores públicos en muchos países del mundo proceden de las facultades de la abogacía, y que en Alemania es indispensable poseer esa profesión para ingresar en la carrera administrativa. Esta especial circunstancia tiene un significado histórico y una explicación política.

Desde muchos aspectos, el funcionamiento de la administración pública no se puede comprender sin la participación del abogado. Esta participación es especialmente significativa en el servicio público, cuyas filas han sido nutridas preferentemente por profesantes del derecho, desde los días del establecimiento del Estado moderno.

El abogado como servidor público

Max Weber ha hecho una exposición magistral de este suceso, a través de la narración del modo en que se formó el servicio público a partir de cinco capas sucesivas de funcionarios de la administración pública. La primera capa estuvo formada por el clero, tanto en Oriente, como en Occidente, y su importante

papel era posible por su dominio de la escritura por medio de la cual se registraban los actos administrativos.¹ Siguió la capa de los literatos de formación humanística, cuyo papel de consejeros en Occidente se basó en su dominio del latín y el griego, pero que tiene sus mejor ejemplar en el Mandarinate en China, del que tratamos al principio de este libro. La nobleza cortesana, formada en los centros educativos reorganizados en el siglo XVII, sirvió de sustento a los nuevos políticos profesionales que integraron a la tercera capa de servidores públicos, en tanto que el patriciado británico —*Gentry*— integró al cuarto estrato.

Finalmente aparecieron los abogados, formados profesionalmente en las universidades europeas, y cuyo dominio del Derecho Romano y la tradición estatal del Bajo Imperio romano sirvió de modelo al Estado moderno, principalmente en lo tocante a la racionalización administrativa. La participación del abogado tiene como base la racionalización jurídica del Estado moderno, tal como se observa desde la época de los juristas de la corona francesa, hasta los abogados de los gobiernos de la Revolución. El Abogado, la política y los partidos son inseparables, de modo que la democracia moderna es incomprensible sin su participación.

Otto Hintze, que tanto influyó en las ideas administrativas de Max Weber, explicó que a través del abogado es como mejor se percibe el tránsito de la noción de “servicio”, en el sentido patriarcal del concepto de servidumbre, a la moderna categoría de servicio público.² El punto de transformación ocurrió a principios del siglo XVI, cuando los humanistas y los juristas fueron reclutados al servicio de las monarquías europeas de entonces. El rasgo característico de ambas categorías de funcionarios, como lo explicó también Weber, fue la formación universitaria de tales *letrados*, y su ingreso al servicio público no solamente transformó su idea y objeto, sino que también subvirtió los antiguos modos de relación entre el Estado y sus servidores.

Los juristas fungieron como portadores del derecho romano, sobre cuya base se construyeron la administración pública y la administración de justicia. Los centros educativos que revolucionaron a la organización de los gobiernos absolutistas de entonces, fueron las Universidades de Bolonia en Italia, Leipzig en Alemania y Salamanca en España. Aunque la tradición imperante

¹ Weber, Max, “La Política como Vocación”. *Revista de Ciencias Políticas y Sociales*. Año V, núms 16 y 17, México, 1959, pp. 258-260.

² Hintze, Otto, “El Estamento de los Funcionarios”, en Otto Hintze, *Historia de las Formas Políticas*. Revista de Occidente, Madrid, 1968, pp. 113-115. Este artículo fue preparado en 1911.

establecía que los abogados se desempeñaran en la organización judicial, a principio del siglo XVI ocurrió uno de los cambios más trascendentales en la cultura política occidental: los hombres de leyes comenzaron a ser reclutados preferentemente para la administración pública, especialmente para los consejos, las cancillerías y las secretarías.

Así como el derecho romano sirvió de materia prima para la configuración de los cimientos del Estado moderno, también propició la trabazón de una nueva vinculación entre el Estado y los funcionarios: el contrato; que inspirado en la noción contractual de arrendamiento de servicios romano, significó una forma nueva de relación jurídico-privada. El contrato estableció los derechos y obligaciones de los funcionarios, por un lado; y la percepción de un salario determinado, por el otro, toda vez que se estipuló el tiempo delimitable de los servicios. En aquellos días, los abogados eran conocidos como los “doctores alquilados”.³

Fue así abolido el sentimiento de devoción patriarcal y dependencia doméstica, que antaño establecía la relación entre el señor y el sirviente, pero que dejó cierta huella de idea de servicio que, heredado por aquellos doctores, hoy en día es vigente en el servicio público moderno, y que paralelamente sirve de base y sustento a la noción corporativa de los funcionarios de carrera. Desde entonces, el concepto de funcionario contrastó con las corporaciones: la nobleza, la burguesía, el campesinado y el clero, pues se trataba de un estamento profesional definido; y dio por terminado el modo transitorio y secundario como se relacionaba el servidor del Gobierno, cuyo desempeño ocupaba un breve espacio en su mundo vital. En tanto estos servidores patrimoniales no esperaban un sueldo, sino un beneficio o prebenda, el letrado aspiraba al desempeño de una carrera profesional cuyo signo ya no será un tiempo parcial sino una ocupación vitalicia.

La ley como sustento de la hechura de políticas: el abogado como implementador

La moderna cultura jurídica también puede ampliarse a un campo de desarrollo profesional ligado a los procedimientos parlamentarios de configuración legislativa, desde la perspectiva de la hechura de *Policy (Policy-Making)*.

³ *Ibid.*

No todos los representantes populares son abogados, ni jurisconsultos ni jurisperitos. El proceso legislativo suele ser un procedimiento cada vez más complejo que reclama una apreciación de técnica jurídica. El papel del abogado puede ser muy relevante como consultor, pero más trascendentemente puede fungir como implementador de *Policy*. El concepto de implementación, desde la perspectiva del derecho, implica que en la medida en que una ley esté debidamente configurada existe un margen mayor de certidumbre y viabilidad de su adecuada ejecución y, por consiguiente, de la mejor administración de la ley.

El análisis de implementación de *Policies* ofrece un nuevo aporte al desempeño de las profesiones en ciencias sociales y las humanidades, y particularmente a la abogacía. Consiste en la capacitación para identificar y problematizar dentro de los procesos de gobierno, el modo como la intención se traduce en acción; más precisamente, dicho análisis enfoca las desviaciones y las reformulaciones de una *Policy*, así como las causas que la suscitaron y los efectos esperables.

Tal como ha sido definida por dos especialistas, la implementación es "(1) una declaración de las preferencias del gobierno, (2) mediada por varios actores, quienes (3) crean un proceso caracterizado por relaciones de poder y negociación, y por lo tanto los actores deben tomar en cuenta tres imperativos potencialmente conflictivos: el imperativo legal de hacer lo que la ley manda, el imperativo racional de hacer lo que es racionalmente defendible y el imperativo consensual de hacer lo que ayuda al establecimiento de acuerdos entre las partes contendientes influyentes, que tienen un voto en los resultados".⁴ Dentro de esta perspectiva, el proceso de gobierno constituye una cadena de sucesos que comienza antes de la formulación de la ley, y culmina hasta que es ejecutada; es decir, en el momento en que se implementa.

Hay que destacar que el abogado puede participar activa y determinante en la conciliación de los imperativos mencionados, y así trascender las visiones tradicionales de su intervención. Por principio, el imperativo consensual implica que la implementación está sometida a las preferencias explícitas de los grupos de interés, cuya voz se ha hecho presente en la ley. Aquí, el abogado puede ayudar a armonizar el poderoso impulso de la democracia y la necesidad del consenso político con la factibilidad de formular una ley viable

⁴ Rein, Martin and Francine Rabinovitz, "Implementation: a Theoretical Perspective", en Martin Rein, *From Policy to Practice*. M.S., Sharpe, Inc. 1983, pp. 118-123.

que recoja los acuerdos de los participantes, y los haga posibles en la ley misma en términos de su implementación.

Además del papel de la ley para hacer coherente la implementación, es necesario que el proceso reciba infusiones constantes o periódicas de apoyo político para vencer las inercias y estimular la cooperación de las instancias responsables. Durante el transcurso de la implementación, suele ocurrir un cambio de gravedad en el problema, así como en las condiciones socioeconómicas y técnicas en las cuales opera, como efecto de las interacciones entre el proceso político y la organización jurídica. El imperativo legal sitúa a la ley como referente para todos los actores en el proceso de implementación y establece los mecanismos de obediencia a las normas derivadas de la impronta legislativa.

El imperativo racional, por su parte, es un proceso destinado a la solución de problemas en el sentido en que el curso de acción seguido responda a tres requisitos: correctividad moral, factibilidad administrativa y defensa intelectual. Finalmente, el imperativo consensual señala la necesidad de acuerdo entre los protagonistas principales: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y la dependencia administrativa del caso, además de los electorados correspondientes.⁵ El abogado puede jugar el preponderante papel de enlace y arreglo dentro de la etapa crucial en la cual una disposición jurídica transita de su momento de elaboración, a su etapa de realización. A él le correspondería contribuir al imperativo legal, procurando que la ley contenga la menor cantidad de ambigüedades, vacíos y contradicciones, para hacer cierta, posible y viable su implementación. Este papel se explica muy bien cuando se discierne que “la implementación implica una desviación respecto de los propósitos declarados, en tanto que los tres imperativos operan conjuntamente en la transformación de la *Policy* en práctica”.⁶

La etapa de implementación es igualmente compleja, porque a pesar del esfuerzo del legislador para desarrollar una ley sin los defectos anotados, incluyendo el consejo de los abogados, su ejecución ocurre dentro de una atmósfera de imponderables. Para transitar dentro de una implementación adecuada, el abogado colaboraría a la formación de reglas de implementación flexibles, confiables y consensuales. Esto es muy necesario porque no es posible fijar reglas generales de negociación antes de la implementación de la

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, pp. 118-119.

Policy y no es viable que el imperativo legal prevalezca eternamente. La implementación es un dispositivo mediante el cual se ventilan los conflictos entre los tres imperativos, que permite comprender cómo la legislación se lleva a la práctica como un proceso específico a través de negociaciones.

La confección de leyes entraña un proceso de negociación, compromiso y adaptación entre los protagonistas interesados, que tiene como base su propia racionalidad, y que consiste en lo que políticamente es posible después de que la mayoría de los intereses afectados por la norma se han pronunciado. Dicho proceso no debe excluir a los intereses más débiles como puede ocurrir, porque ello significa la pérdida de creencia de la ley como un producto de la democracia. La implementación debe partir del conocimiento del resultado de este proceso y marchar desde el supuesto de que los servidores públicos deben obedecer la ley, tal como fue formulada. La diferencia en la implementación consiste en el rasgo profesional distintivo de quienes están a su cargo, pues de ser abogados se presentarán como sus intérpretes; pero de ser científicos, procuran su reelaboración. Sin embargo, puede ocurrir que sean los abogados quienes pugnen por su reelaboración, no otros profesionales. El sesgo profesional, siendo tan relevante, ha sido explorado insuficientemente dentro de la implementación.

Con frecuencia, los procesos de negociación culminan en leyes con propósitos conscientemente ambiguos para facilitar un apoyo de grupos disímilares, complicando los procesos de implementación.

Como lo han explicado dos autores, también “la implementación es el cumplimiento de una decisión política”.⁷ Esta decisión se puede plasmar en un estatuto o en las órdenes del Ejecutivo, o en las decisiones de los tribunales. La decisión identifica los problemas que deben resolverse, define los objetivos a lograrse y configura el proceso de implementación. Por ejemplo, en el caso de la regulación de los participantes privados, la implementación fluye de la siguiente manera: comienza con la aprobación de una ley básica; y pasa después a la producción de resultados de las decisiones por parte de las instancias encargadas de la implementación, por el acatamiento de los grupos que son el objeto de las decisiones, por los impactos reales de los resultados —tanto los deseados, como los no deseados— y por los impactos percibidos de las deci-

⁷ Sabatier, Paul y Daniel Mazmanian, “La Implementación de la Política Pública: un Marco de Análisis”. Aguilar, Luis F. (ed.). *La Implementación de las Políticas*. Miguel Ángel Porrúa, México, 1992 (1978), p. 329.

siones de la instancia; y culmina en las revisiones importantes —efectivas o tentativas— a las que se someta la ley básica.

La función central del análisis de implementación consiste en la identificación de los factores que condicionan el logro de los objetivos normativos a lo largo de todo el proceso.⁸ Los factores son: la tratabilidad de los problemas a que se dirige el estatuto; la capacidad del estatuto para estructurar apropiadamente el proceso de implementación; y el efecto neto de las variables políticas en el apoyo de los objetivos estatutarios.

Uno de los problemas inherentes a la implementación cuando trata de leyes de regulación, es la diversidad del comportamiento prohibido. Entre más diferenciadas son las conductas sociales a regular, más difícil es la confección de reglamentos claros y la consecución de objetivos normativos. El abogado podría colaborar a la preparación de esos reglamentos y coadyuvar a su implementación. Además, la magnitud de las modificaciones en el comportamiento requeridas para el logro de estos objetivos, está determinada por el número de las personas que integran el grupo que es el objeto de la *Policy*: a mayor cantidad de cambios, más difícil es la implementación; esto quiere decir que hay problemas más tratables que otros. Un problema más tratable implica más facilidad de cambios en la conducta de las personas y más facilidad de implementación.⁹ Es más fácil la solución de problemas cuando existe una teoría válida que vincule el cambio en el comportamiento, con la disminución del problema, contándose con la tecnología adecuada y en tanto el cambio en la gravedad del problema sea poco costosa; cuando existe una variación mínima en las prácticas conductuales que causan el problema; cuando el grupo que es el objeto constituye una minoría de población fácilmente identificable; y cuando la variedad de cambios en el comportamiento no es muy grande.

Los especialistas en derecho saben que una ley específica encierra una decisión política, que indica el problema a resolver y estipula los objetivos a alcanzar. La ley, por consiguiente, estructura el proceso de implementación por medio de la selección de las instituciones responsables, influyendo la orientación política de los funcionarios encargados y regulando las oportunidades de participación a otros participantes ajenos a las instituciones responsables.¹⁰ Esta coherencia, que es el trabajo de un jurisperito, es posible cuando

⁸ *Ibid.*, pp. 323-328.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

la disposición jurídica estipula clara y consistentemente a los objetivos, incorpora una teoría válida que relacione las modificaciones del comportamiento con los objetivos, y posteriormente, estructura el proceso de implementación orientándolo hacia esas modificaciones. Las posibilidades de alcanzar los objetivos estatutarios serán mayores, pero ciertamente el concurso de la abogacía se antoja inexcusable.

La hechura de *Policy* en el Estado de derecho constituye un problema de alta complejidad, pues la implementación enfrenta el “fuego cruzado” de tres imperativos que el abogado puede armonizar en beneficio del despacho de los negocios públicos. Aquí, tal como es visible, la acción del especialista en leyes puede ser de utilidad en la administración pública y ofrecer un nuevo campo de desempeño a sus profesantes.