

EFICIENCIA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

José ROLDÁN XOPA*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *La eficiencia.*
III. *La eficiencia en el derecho administrativo.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La eficiencia es uno de los conceptos eje que permite explicar la transformación del derecho administrativo en las últimas décadas, la racionalidad de la misma y las manifestaciones organizacionales y funcionales de la administración pública. Sin embargo, el análisis del concepto tiene diferentes contextos: uno, dentro de las distintas ciencias en las que es una pieza estelar (la microeconomía, el *public choice*, *law and economics* y la economía neoinstitucional, principalmente); dos, en la formulación de políticas de conducción social, en las que se liga a opciones sociales dentro del juego del poder; tres, como componente de un ordenamiento jurídico, lo cual supone la integración normativa de la eficiencia dentro del lenguaje del derecho y, como consecuencia, su consideración como una “pieza” en la operación de aquél.

La ubicación de las tres dimensiones anteriores permite apreciar también tres funciones del concepto y, por tanto, distinguir las condicionantes que en cada caso lo determinan. De esta suerte, la primera será una función “científica” en tanto opera en campos de conocimiento de tal signo; la segunda es “política”, al ser parte de una opción social que postula cómo deben ser las cosas; y la tercera es propiamente “jurídica” y, por ende, aparece como un concepto “juridificado”. Por razón del propio

* Profesor de derecho administrativo en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

análisis, ya que nos interesa fundamentalmente apreciar a la eficiencia dentro del ordenamiento jurídico, las dos primeras dimensiones se presentan como “externas” al derecho, aunque no necesariamente ajenas al mismo;¹ en tanto que la tercera, al considerar a la eficiencia como parte del derecho, permite operarla con sus estándares, bajo su “lógica”, y por ende es tomada como algo “interno” al derecho.

La exposición anterior, cuyo objeto es precisar el terreno de análisis, permite ubicar el propósito de este trabajo, que es el de estudiar lo que por ahora se ha denominado el concepto de “eficiencia” en el derecho, cómo se incorpora al mismo y cuál es su función jurídica. Sin embargo, si bien el análisis que se presenta es fundamentalmente jurídico, dado el origen del concepto ese análisis no es por sí mismo autosuficiente, por lo que creo necesario hacer una referencia a la discusión extrajurídica que al respecto encontramos.

II. LA EFICIENCIA

Es el pensamiento económico liberal el que se ha ocupado con mayor profundidad del tema y tiene que ver con la conducta del hombre en condición de escasez, y en particular, con un modelo de actuación racional autointeresada. El núcleo del planteamiento del que se deriva una serie de apreciaciones y de matices es el individualismo metodológico² que, a la vez, es el punto de coincidencia de tal pensamiento. El ser humano es racional³ y elige de entre diversas opciones la que le aporta más benefi-

¹ Puesto que las distintas ciencias, en tanto conocimientos expertos, son necesarias para explicar contenidos normativos y también son auxiliares en la operación jurídica; y porque la política se halla en la explicación de por qué el derecho es así, juega un papel determinante en la política legislativa, y sus contenidos permiten localizar modelos conductuales y presentes también en la operación jurídica.

² La utilidad radica en que además de intentar describir el “hombre real”, es un fundamento del pensamiento teórico que si bien “da lugar a errores (el comportamiento real es el mismo que el racional), la alternativa de suponer cualquier tipo de racionalidad *específica* puede, con toda probabilidad conducir a muchos más errores”. Sen, Amartya, *Sobre ética y economía*, trad. Ángeles Conde, Madrid, Alianza Universidad, 1989, p. 29.

³ Amartya Sen señala que la teoría económica convencional presenta dos métodos predominantes para definir la racionalidad: “uno es considerar a la racionalidad como la consistencia interna de la elección, y el otro es identificar la racionalidad como la *maximización del propio interés*”. *Op. cit.*, nota 2, p. 30. Sin embargo, Sen es especialmente crítico con su empleo para describir la actuación real: “La estrategia metodológica de uti-

cios, por lo que “maximiza”, en consecuencia, y en esto es célebre la formulación smithiana, el esfuerzo autointeresado del individuo “es guiado por una mano invisible para que promueva un fin que en modo alguno había intencionado”.⁴ El bienestar general es promovido por la elección individual. A partir de este postulado, de este modelo de hombre (*homini oeconomici*) y de conducta se deriva una corriente de pensamiento que va más allá de la “ciencia” y que históricamente ha sido y es decisiva en la conformación social, en la organización política y evidentemente en la organización económica.

En términos generales, la eficiencia tiene su referente en los costos y beneficios de las elecciones: una elección es eficiente cuando los segundos son mayores que los primeros. No obstante, la formulación anterior, si bien es atractiva y parece sencilla, conduce a una serie de problemas: ¿cuándo son mayores los beneficios que los costos?, ¿cuáles son las condiciones para que una elección sea eficiente?, y por supuesto, ¿cuál es la función del derecho en la eficiencia? La respuesta para tales preguntas es un terreno de distintas respuestas y es mucho más movedizo de lo que parece. No se pretende, por supuesto, encontrarla aquí, sino tan sólo presentar un muestrario de los distintos problemas a los que se enfrentan y que será pertinente tener en cuenta en el momento de referirnos a la eficiencia como parte del derecho.

¿Cuándo una elección es eficiente?, o dicho de otra manera, ¿cuándo son mayores de los beneficios que los costos? Si la respuesta la buscamos en referentes de objetividad científica, encontraremos que hay una diversidad de respuestas. Por una parte, suele distinguirse entre eficiencia

lizar el concepto de racionalidad como un ‘intermediario’ es especialmente inapropiada para llegar a la proposición de que el comportamiento *real* debe maximizar el propio interés. En efecto, puede que no sea tan absurdo argumentar que *realmente* las personas siempre maximizan su propio interés, como lo es mantener que la *racionalidad* debe, invariablemente, exigir dicha maximización. El egoísmo universal como *realidad* puede ser falso, pero el egoísmo universal como requisito de la *racionalidad* es evidentemente absurdo. El complejo procedimiento de equiparar la maximización del propio interés con el comportamiento racional parece ser completamente contraproducente, si la intención final es proporcionar un motivo razonable para el supuesto de la maximización del propio interés en la especificación del comportamiento *real* en la teoría económica. Intentar utilizar las exigencias de la racionalidad para defender el supuesto de comportamiento convencional de la teoría económica (a saber, la maximización *real* del propio interés) es como una carga de caballería en un burro cojo”. *Ibidem*, p. 34.

⁴ Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

técnica y eficiencia económica; la primera “requiere que no se pueda producir más de un bien sin que se obtenga menos de otro (tratando los factores de producción como producción negativa)”.⁵ Por otra parte, la teoría económica ha llegado a formular una diversidad de respuestas, modelos o criterios; dos de los más conocidos son el “óptimo paretiano”, formulado por Vilfredo Pareto, y el de Kaldor-Hicks.

El óptimo Pareto se presenta con la siguiente formulación: es “una situación tal, que nadie pueda estar en mejor situación sin que por lo menos otra persona esté peor”. De manera que si, por ejemplo, se mejora la situación de un millón de personas, empeorando la de una, no se conseguiría este óptimo. El criterio tiene a mantener el *statu quo*, y se basa fundamentalmente en la utilidad, pero no considera a la distribución, ni es útil para comparaciones interpersonales.

Por su parte, el criterio de Kaldor-Hicks postula: “la asignación de A es socialmente preferible a B si aquellos que se benefician de un cambio a A pudieran compensar a quienes pierden por el cambio a A y a pesar de ello encontrarse aún mejor que en B”,⁶ que es un criterio de compensación.

Además, la teoría económica ha generado una serie de formulaciones que muestran las inconsistencias de las anteriores o proponen enfoques complementarios al principio de Pareto, entre los que se encuentran Scitovsky, Arrow, y otros que consideran criterios distributivos.⁷

Evidentemente, los efectos de elegir una u otra postura conducen a resultados diversos, de lo que se extrae, y ese es el propósito del ejercicio, que la eficiencia depende de la elección del modelo que se tome como referente para valorarla. Dicho en otros términos, estamos ante un problema abierto, propio de un concepto “formulable” y, por lo tanto relativo, dicho esto en términos científicos.

Luego viene un problema de igual definición teórica que es el relativo a las circunstancias o condiciones del comportamiento humano; en esto, el modelo de hombre como un calculador “permanente” de sus beneficios ha sido criticado, porque no explica también otro comportamiento innegable,

⁵ Sen, *op. cit.*, nota 2, p. 38.

⁶ Maddala, G. S. y Miller, Ellen, *Microeconomía*, trad. Julio Corro, México, McGraw Hill, 1990, p. 527.

⁷ Véase al respecto Maddala y Miller, *op. ult. cit.*, pp. 527 y ss; Sen, *op. cit.*, nota 2, pp. 50 y ss.

el que sigue reglas⁸. La limitación para explicar la importancia de las instituciones ha favorecido la presencia de enfoques que las integran: *public choice*,⁹ *law and economics*,¹⁰ teoría de los derechos de propiedad, economía constitucional,¹¹ economía neoinstitucional.¹² Sin que se pretenda llevar a cabo una exposición detallada de cada una de ellas, citaremos sintéticamente a algunos autores como ejemplo de la importancia que dan a las instituciones o reglas en el comportamiento y en el desempeño económico, que nos permitirá un salto menos abrupto a la explicación jurídica.

Ante el paradigma del individualismo metodológico, se localizan corrientes sociológicas que destacan el comportamiento del hombre según reglas, la que ha motivado a los partidarios del primer enfoque a incorporar este tipo de comportamiento a su modelo. Un caso de tal proceder lo encontramos en Vanberg, para quien, manteniendo el supuesto de un comportamiento humano “autointeresado” que calcula ventajas, el comportamiento

...no es visto a nivel de las decisiones particulares, es decir, no se supone que ante todo cambio en la constelación de incentivos las personas reaccionan inmediatamente con una modificación de su comportamiento. Se parte más bien de la suposición de que el cálculo de ventajas se lleva a cabo en gran medida implícitamente en el nivel de las disposiciones de comportamiento —es decir, su respectivo haz de rutinas y disposiciones de comportamiento— a los cambios sistemáticos que perciben en su mundo.¹³

La literatura da cuenta de sociedades donde el comportamiento basado en normas lleva a situaciones eficientes.¹⁴

⁸ Véase al respecto Vanberg, Víctor, *Racionalidad y reglas, Ensayos sobre teoría económica de la Constitución* (trad. Ernesto Garzón Valdés, revisión de Ruth Zimmerling), Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 9-12 (Colección estudios alemanes).

⁹ Véase al respecto, Lepage, H., *Mañana el capitalismo*, Madrid, Alianza, 1979.

¹⁰ Véase sin duda a Posner, Richard, *Análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

¹¹ Además de Vanberg, puede consultarse a Buchanan, James M. y Gordon Tullock, *El cálculo del consenso*, trad. Javier Salinas, Madrid, Planeta Agostini, 1993.

¹² Véase al respecto, Eggerstsson, Tráinn, *El comportamiento económico y las instituciones* (trad. Consuelo Varela Ortega), Madrid, Alianza Económica, 1995.

¹³ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴ Es el caso de Japón, donde el deber, la lealtad y la buena voluntad tienen un papel fundamental. Véase al respecto Sen, *op. cit.*, nota 2, pp. 35 y 36.

Otro autor importante, Douglass North dice que las instituciones son reglas de una sociedad; son limitaciones creadas por el hombre que dan forma a la interacción humana y crean estructuras de incentivos y, por tanto, afectan el desempeño de la economía al influir en la elección en un cierto momento. Su función es reducir la incertidumbre al ser una guía de acción, establecer prohibiciones o autorizaciones, aplicar sanciones, establecer costos, mientras que ellas mismas tienen costos. Un análisis de las instituciones es complementario al enfoque teórico de la economía neoclásica.¹⁵ El conocimiento de las instituciones permite explicar mejor la conducta económica y también conducir el cambio institucional de manera más eficiente.¹⁶

Como podrá observarse, hay pues también un ejercicio de “modelación” intelectual de cuáles son los datos de la realidad que el agente toma en cuenta o están presentes inevitablemente en su comportamiento. Si existe dificultad en el nivel teórico para explicar con completitud el comportamiento humano (aun entre quienes coinciden en el individualismo metodológico), tal problema es mucho más complejo al modelar el comportamiento de los sujetos reales, y se enfrenta no solamente a las infinitas posibilidades de actuación de los mismos, sino ante las limitaciones de conocimiento y entendimiento del modelador y de su referente teórico.¹⁷ Con lo anterior, se quiere mostrar que hay, por tanto, diversas for-

¹⁵ Buchanan, uno de los principales exponentes de la economía constitucional, premio Nobel, critica el paso de la eficiencia individual a la social: “Los economistas cruzaron el puente desde la maximización individual a la social, porque deseaban decir algo sobre alternativas de política...éste es el puente que los economistas nunca debieron haber cruzado y que ha creado una importante confusión intelectual” en Buchanan, James M., “A Contractarian Paradigm for Applying Economic Theory”, *American Economic Review*, mayo de 1975, pp. 225-230, citado por Maddala y Miller, *op. cit.*, nota 6, p. 529.

¹⁶ *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, trad. Agustín Bárcena, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 13-22.

¹⁷ “Debido a que el mundo real es complicado la tarea del economista de construir un modelo sencillo no es fácil... tiene que hacer algunas suposiciones ‘simplificadoras’ tales como: no existe incertidumbre, todos los consumidores tienen los mismos gustos, sólo existe un producto homogéneo. Por supuesto que ninguna de estas suposiciones es real, pero siempre existen algunos aspectos de la realidad que son poco importantes o de importancia insignificante para cualquier problema. Por lo tanto, algunas de las suposiciones ‘irreales’ hechas por el economista se justifican sobre la base de que permiten concentrarse en los aspectos esenciales del problema pasando por alto los detalles poco importantes”. Maddala y Miller, *op. cit.*, nota 6, p. 13.

mas, métodos, supuestos, y consecuencias de modelación del comportamiento humano.

El enfoque institucional coloca a la eficiencia en el campo de las instituciones y de la organización pública, tanto en el diseño de las normas dirigidas a la conducta de los agentes de mercado a efecto de proveer de condiciones propicias a la eficiencia (esto es, las políticas de privatización, liberalización, desregulación y mejora regulatoria), lo cual supone que el derecho es una técnica de ingeniería social y que orienta conductas sociales,¹⁸ y, por otra parte, la modificación de las estructuras estatales, en particular las administrativas, así como su funcionamiento, aplicando técnicas de gestión pública, *management*, y técnicas de mercado a la función administrativa,¹⁹ donde la eficiencia se plantea de cara al papel de la administración frente al mercado, así como en general respecto del cumplimiento de sus funciones de interés público.

Ahora bien, independientemente —pero suponiéndolo— del debate que se ha expuesto, tenemos que en México, al igual que en otros países, se ha transformado el derecho como expresión de un fenómeno social que es la adopción de políticas públicas de libre mercado. El cambio puede ubicarse en la década de los ochentas y tiene su inicio y también su modelo en Inglaterra con el gobierno de Margaret Thatcher y en Estados Unidos con la llegada de Ronald Reagan a la presidencia. Su posterior adopción y continuación en México, con la consecuente retracción de las políticas de corte intervencionista, presentan en común que la eficiencia se presenta como un objetivo, pero también como el concepto articulador de las políticas, del nuevo “deber ser” como objetivo social.

¹⁸ En esto hay una bibliografía jurídica extensa que aborda la relación derecho-conducta social a partir de las funciones del derecho o bien al derecho como razones para la acción. Véase al respecto Ferrari, Vincenzo, *Las funciones del derecho*, Madrid, Editorial Debate, 1989; Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona, 1991; Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, CEC, 1991; Navarro, Pablo y Redondo, Cristina, *Normas y actitudes normativas*, México, Fontamara, 1994; Tamayo y Salmorán, Rolando, “Cómo hacer razones con normas o cómo convertir normas en razones o cómo desenredar este lío”, *Doxa*, Alicante, núm. 21-II, 1998, pp. 437-459.

¹⁹ Véase, al respecto, Metcalfe, Les y Sue Richards, *La modernización de la gestión pública*, trad. Eduardo Zapico y Luis E. Echevarría, Madrid, INAP, 1989; OCDE, *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OCDE*, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, Boletín Oficial del Estado, Serie Administración General, 1997.

Lo anterior, y sin que se requiera un ejercicio exhaustivo de investigación, permite afirmar sin ningún riesgo que la eficiencia está presente como principio de política económica y que se ha incorporado al ordenamiento jurídico; pero también, y es otra afirmación que debe estar en el análisis, que en una sociedad plural y en un ordenamiento jurídico en el que encontramos también la presencia de modelos alternativos, la eficiencia, es un contenido, si bien de primera importancia, que se incorpora en un conjunto normativo, junto con otros principios que pueden ubicarse en el extremo de las opciones sociales, en particular, la equidad, que por un lado suele contraponerse a la eficiencia, pero también plantea retos a la formulación del propio concepto.

La búsqueda de la eficiencia tiene ante sí otro problema sumamente relevante en nuestra realidad, la equidad. Ante esto, a su vez, en relación con la eficiencia, la idea de que se está ante dos objetivos distintos de una política y no necesariamente coincidentes, incluso contradictorios, es aceptada por la literatura económica.²⁰ En algún sentido, el problema de la equidad coloca a los economistas ante dilemas entre la elección de una economía amoral que se ocupe de la utilidad, o bien, la consideración ética dentro de la misma.²¹

Con la finalidad de perfilar el tratamiento de la eficiencia en el ordenamiento jurídico, nos interesa ubicar su inclusión en dos ámbitos: uno y que es el que se deriva del enfoque macroeconómico, que es la eficiencia en las conductas de los individuos en el mercado; otro y que es su correspondiente en el ámbito de las instituciones que se ubica en la estructuración y funcionamiento del Estado. Para entrar al análisis de lo anterior debe aclararse lo siguiente: primero, que dejaríamos de referirnos a la eficiencia como un concepto que es materia de tratamiento y de opinión de diversas teorías, para ocuparnos del mismo como parte de un ordenamiento jurídico, esto es como parte del derecho positivo y que, por ende, no es puesto por los “científicos”, sino por el “legislador”; segundo, que en un Estado constitucional, los sujetos privados y públicos, los ámbitos de conducta de mercado y de no mercado, están sujetos al derecho.

²⁰ Normalmente la política económica, y la teoría macroeconómica, se ocupan de la eficiencia y no de la equidad, o bien tratan a ésta de un modo superficial. Véase al respecto, Maddala y Miller, *op. cit.*, nota 6, pp. 12 y 13.

²¹ Al respecto ilustra el problema con extraordinaria claridad el libro de Sen, *Sobre ética y economía, cit.*, nota 2.

III. LA EFICIENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El vocablo “eficiencia” o la noción económica de ella la encontramos como parte del lenguaje del derecho positivo. Su inclusión es diversa, se relaciona con distintos sujetos y respecto a diverso tipo de relaciones jurídicas y materias. Para ordenar la explicación, presentaremos una serie de ejemplos, agrupándolos según se refieran a situaciones o actuaciones administrativas relacionadas con el mercado, o bien a funciones propias de la administración, para posteriormente estudiar la ubicación sistemática del concepto y sus efectos jurídicos.

1. *El concepto de eficiencia en la legislación*

A. En relación al mercado

Aquí se presentan aquellas disposiciones que se refieren a situaciones que deben ser garantizadas y cuya transgresión implica una actuación preventiva o represiva de la autoridad, o bien deberes positivos de la administración para fomentar, promover o crear ciertos resultados o situaciones.

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) señala: “Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados y bienes y servicios”.²²

La Ley de la Comisión Reguladora de Energía (LCRE) señala como objeto de la misma promover el desarrollo eficiente de diversas actividades energéticas.²³

La Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA) establece la posibilidad de utilizar instrumentos económicos para incentivar el logro de los objetivos de la política ambiental, de manera que se consideren los beneficios y costos y que los mismos se

²² Artículo 2o. La LFC fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación (D. O. F.)* el 24 de diciembre de 1992.

²³ Artículo 2o. La LCRE fue publicada el 23 de enero de 1998. Entre tales actividades están el suministro, adquisición y venta de energía eléctrica, la exportación e importación de energía, las ventas de primera mano de gas natural.

consideren en el sistema de precios de la economía, en particular estimular con incentivos el *uso eficiente* de los recursos naturales (mediante estímulos fiscales) y que se asuman los costos por el uso indebido de recursos naturales.²⁴

La Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA) señala como atribución de la Comisión Federal de Reforma Regulatoria (Cofemer) que: "...promoverá la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que éstas *generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad*".²⁵

La Ley Federal de Metrología y Normalización (LFMN) señala que los anteproyectos de normas oficiales mexicanas que los Comités Consultivos Nacionales de Normalización presenten para discusión, deberán contener la descripción de los *beneficios potenciales* de las normas, y la identificación de aquellas personas o grupos que se beneficiarán, así como la descripción de los *costos potenciales* de la norma y la identificación de las personas o grupos que tendrían la carga de los mismos y la justificación de por qué la norma es, entre otras alternativas posibles, el mecanismo que permite alcanzar el objetivo deseado con el *mayor beneficio neto*. Esta justificación deberá incluir una descripción de los otros mecanismos que permitan alcanzar el mismo objetivo con mayor beneficio neto que la norma propuesta y las razones legales o de otra índole por las cuales no fueron adoptados.²⁶

B. *En relación al funcionamiento de la administración*

La Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos (LFRSP) señala:

Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones, para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y *eficiencia* que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas...

²⁴ Artículos 22 y 22 bis.

²⁵ Artículo 69-E, reforma publicada en el *D. O. F.* el 19 de abril de 2000.

²⁶ Artículo 45. La LFMN fue publicada en el *D. O. F.* el 1o. de julio de 1992.

En materia de procedimiento administrativo, la propia LFPA señala: “La actuación administrativa en el procedimiento se desarrollará con arreglo a los principios de *economía*, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe”.²⁷

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASP) señala que en los casos de adjudicación directa o invitación restringida:

La selección del procedimiento que realicen las dependencias y entidades, deberá fundarse y motivarse, según las circunstancias que concurran en cada caso, en criterios de *economía*, eficacia, *eficiencia*, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado. El acreditamiento de los criterios mencionados y la justificación de las razones para el ejercicio de la opción, deberá constar por escrito y ser firmado por el titular del área usuaria o requirente de los bienes o servicios.²⁸

2. Análisis

De la transcripción de las disposiciones legales se deriva, en general, que la eficiencia es tenida como un objetivo de la norma consistente en lograr un cierto estado de cosas, normalmente ligado con costos y beneficios, pero que, sin embargo, modaliza una serie de variedades deónticas para los sujetos involucrados en las relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, se encuentran derechos de los particulares, tales como el derecho a la libre competencia, con deberes correlativos del Estado para abstenerse de alterar la competencia y de actuar previniendo y eliminando monopolios y prácticas monopólicas. Además de las anteriores, encontramos modalidades de actuación “blandas” que consisten en “promover”, o “incentivar”, de las que se derivan criterios orientadores de acción administrativa, así como el ejercicio de facultades sujetas a la valoración y decisión de los órganos administrativos, tendientes a crear condiciones de eficiencia. Asimismo, la ineficiencia puede convertirse en condición de una sanción; tal es el caso, en materia de medio ambiente, cuando los costos por el uso in-

²⁷ Artículo 13.

²⁸ Artículo 40, segundo párrafo. La misma disposición se establece en el artículo 41, segundo párrafo, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Ambas leyes fueron publicadas el 4 de enero de 2000.

debido son asumidos por quien los cause; la ineficiencia es indebida y por tanto contraria a la ley.

En relación a la función administrativa, se encuentra también una variedad de efectos: la eficiencia es un deber de conducta de los servidores públicos, puede ser general como lo establece la LFRSP, o particular para el caso de la elección de un procedimiento específico para una adquisición o la contratación relacionada con obra pública, y cuyas consecuencias en la inobservancia son la responsabilidad del funcionario, o bien, condición de validez de actuaciones administrativas, esto es, una actuación ineficiente puede ser causa de nulidad de un acto administrativo. Ahora bien, la presencia de la eficiencia no está solamente en las disposiciones que se refieren a las funciones de órganos administrativos, a la organización de sus procedimientos o al tipo de actuación de los servidores públicos, sino en la propia estructuración de la organización administrativa y que ha sido explicitada en los distintos Planes Nacionales de Desarrollo y los programas sectoriales y por los que la administración se ha visto sujeta a adelgazamiento (la idea del Estado mínimo que puede leerse como administración mínima), descentralización (administraciones autónomas), adopción de métodos de *management*, etcétera.

La eficiencia pues es un término con diversos significados, y que en un ejercicio de síntesis podemos agrupar:

- a) La eficiencia como un cometido de los órganos administrativos.
- b) La eficiencia como característica o cualidad de la conducta atribuible a individuos (servidores públicos o particulares), idónea para lograr determinados objetivos.
- c) La eficiencia como una situación o estado de cosas susceptible de constatación.

De esta suerte, el derecho juridifica a la eficiencia como algo socialmente valioso que debe ser protegido y motivo de procuración en las acciones públicas y privadas. Ahora bien, en tanto se predica de conductas humanas o de hechos o situaciones relacionados con conductas humanas, la eficiencia es un contenido jurídico presente en distintos sentidos de la conducta humana; dicho en otros términos, la eficiencia opera en una diversidad de ámbitos materiales de validez del ordenamiento jurídico; así pues, está presente en materias de “competencia económica”, “energía”, “procedimiento administrativo”, “responsabilidad de servidores públi-

cos”, etcétera. En consecuencia, está también sujeto a las reglas de operación del ordenamiento jurídico de un Estado de derecho y a sus estándares de interpretación.

Lo anterior merece una mayor explicación: la conducta humana como objeto del derecho implica su regulación por normas. Los sentidos de la conducta (por ejemplo, en las materias a las que nos referimos) están sujetos a las reglas específicas señaladas en cada ley, pero, a su vez, están comprendidos en un ordenamiento jurídico de mayor amplitud, donde la Constitución es norma suprema. Si bien todas las personas están sujetas a la ley, existen formas distintas de vinculación, dependiendo de cuáles sean los papeles que los sujetos tienen en las relaciones jurídicas; esto es, no opera por igual para un particular que produce o distribuye bienes o presta servicios —como parte de una actividad propia de su profesión, o de su libertad de comercio, empresa o trabajo—, que para un servidor público que ejerce actos de autoridad o que presta un servicio público. Si bien en los casos anteriores son conductas humanas que incluso pueden ser similares (por ejemplo, transportar a una persona), el significado jurídico es distinto: mientras el particular ejerce un “derecho”, el servidor público ejerce una “competencia, potestad, facultad o atribución”; el punto de partida de la conducta de ambos sujetos es distinta: en lo que es producto del constitucionalismo (el derecho como limitación del poder), el particular puede hacer todo lo que no esté prohibido (autonomía de la voluntad); la actuación de los sujetos públicos parte de lo opuesto: sólo pueden hacer aquello para lo que estén facultados. La distinción anterior da un sentido a la división público-privado, en tanto marca campos diferentes y, por tanto, “reglas del juego” diversas.

Hecha la distinción, surge la pregunta: ¿tiene el mismo significado la eficiencia en la conducta de los particulares que en la función pública? A la que sigue otra: ¿cómo determinar en derecho el significado de la eficiencia?

Pareciera ser, dados los antecedentes teóricos acerca de la eficiencia a que se hizo referencia al inicio de este trabajo, que es en el ámbito de la conducta de los particulares donde tiene su terreno idóneo. Sin embargo, trasladar automáticamente al derecho esa conclusión resulta inadecuada: en primer término, porque no es aplicable a todos los ámbitos de conducta regulados por el derecho; en segundo, porque en el ordenamiento, además de la eficiencia, se establece otros objetivos valiosos; y en tercero, porque la eficiencia, en principio, tiene que determinarse de acuerdo con

el propio ordenamiento jurídico, es decir su validez jurídica proviene del mismo ordenamiento.

En efecto, si se revisa el ordenamiento jurídico encontraremos que las materias en las que hemos hallado el término eficiencia se encuentran disposiciones que modalizan o limitan su aplicación. Así, pues, por ejemplo, la LFPA establece que las disposiciones de la misma no serán aplicables en materia fiscal, justicia agraria y laboral, de servidores públicos;²⁹ o bien, la LAASSP señala, dentro de los casos de excepción, a los procedimientos de licitación pública cuando se trate de “adquisiciones, arrendamientos o servicios cuya contratación se realice con campesinos o grupos urbanos marginados y que la dependencia o entidad contrate directamente con los mismos, con personas físicas o morales”.³⁰ Asimismo, en la Constitución se encuentran disposiciones que establecen fines y valores del ordenamiento: la democracia como un modo de vida basado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo (artículo 3o.); el fomento del crecimiento económico y el empleo que permita una más justa distribución del ingreso y la riqueza (crecimiento con equidad) y el desarrollo nacional (artículos 25 y 26); modalidades a la propiedad privada y regulación de recursos naturales, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública (artículo 27). Esto lleva a la conclusión de que, si bien está presente la eficiencia como un valor jurídico ligado al crecimiento y desarrollo, no es el único, y particularmente, que también encontramos a su correlativo, la equidad. Eso nos obliga a ser mucho más cuidadosos en el tratamiento de la eficiencia, puesto que si bien tiene un referente inmediato que es la materia de la conducta regulada, luego existe la posibilidad de localizar valores contrapuestos en el propio ordenamiento, lo que puede originar conflictos de orden jurídico, y también que la interpretación de la ley tenga que llevarse a cabo “conforme” a la Constitución.

Una primera tarea, entonces, será determinar la aplicación de la eficiencia en las materias. No se busca evidentemente agotar el tratamiento en aquellas a que nos hemos referido, sino más bien señalar la necesidad metodológica de llevarlo a cabo. Así, por ejemplo, en materia de competencia económica, la eficiencia económica tiene un referente inequívoco con el mercado en condiciones de competencia, y se referirá a las situaciones o

²⁹ Artículo 1o., párrafo tercero.

³⁰ Artículo 41, fracción XI.

conductas de las personas que tengan que ver con actividades económicas; sin embargo, no será aplicable a actividades de no mercado, por ejemplo, las funciones públicas.³¹ O bien, en el caso de adquisiciones se permite como excepción, por razones de equidad, la contratación con grupos marginados o con determinadas ocupaciones. O se excluye determinadas relaciones entre particulares, como son las agrarias o laborales, considerando las características sociales de los grupos y de sus relaciones. El posible conflicto, dada la presencia de valores que pueden llegar a contraponerse, puede solucionarse acudiendo a las técnicas del derecho aplicable según la materia, la especialidad, la regla y la excepción, etcétera; también es posible que existan zonas en las que tales valores coloquen al operador frente a dilemas en los que, amén del resultado “económico”, esté en juego el otorgamiento de una autorización, de un estímulo, el establecimiento de una responsabilidad o la imposición de una sanción, pero todavía más, que aun cuando el dilema no sea ya entre valores contrapuestos, la misma determinación de la eficiencia es problemática, al ser un concepto abierto.

En cuanto a la eficiencia en la función administrativa, debe atenderse, por un lado, a que el significado jurídico, mejor dicho, los significados, son atribuidos a cierto tipo de funciones de los órganos administrativos (la Cofemer, la CRE) a manera de cometidos, funciones orientadas para conseguir fines sociales, estados de cosas; por otro, se refiere a que las conductas de los servidores públicos sean eficientes, esto es, idóneas para conseguir la eficiencia como objetivo. Tendríamos pues dos sujetos de distinto carácter: el órgano (el Estado) y el servidor público y dos referentes de la eficiencia: función/conducta y estado de cosas. La actuación pública requiere de estar justificada en una ley previa, la potestad pública está sometida a la ley y es creada por ella; la actividad administrativa consiste no solamente en la “ejecución” de la ley, sino en realizar los fines públicos materiales, dentro de los límites de la misma.³² La discrecio-

³¹ Este es un punto no exento de dificultades. Una propensión al imperialismo económico ha llevado a considerar a la Comisión de Competencia Económica a considerar que las actividades públicas son materia de mercado y de tratamiento anticompetitivo. Véase al respecto “De la fe en el mercado al mercado de la fe”, en mi libro *Derecho público y modernidad. Estudios jurídicos*, México, Huber, 1999, pp. 191-215.

³² Esta es la fórmula de Stahl que precisa la relación de la administración con la ley que incorpora razones de conveniencia y oportunidad. Véase al respecto García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2000, t. I, p. 436.

nalidad como un espacio de decisión “libre” de la administración sólo es concebible dentro de la ley. La legalidad es condición de validez de los actos. De esta suerte, la función de los órganos y la actuación de los servidores deberá tender a la eficiencia, ser eficiente, no porque la eficiencia tenga una virtud *per se*, sino porque es legal. Sea como criterio de orientación de conductas o como obligación, la eficiencia no es una “conducta debida” fuera de la ley.³³ La eficiencia fuera de la ley es simplemente una conducta ilegal.

La eficiencia como conducta debida tendría dos tipos de consecuencias. Una primera relacionada con su eficacia o efectividad, esto es, que en la realidad se cumplan los propósitos establecidos en la norma; la cuestión con la eficacia tiene que ver con la exigencia social de que la administración no solo actúe, sino que resuelva los problemas sociales; dice Parejo que el éxito es un criterio de legitimidad de la administración pública. La eficacia “está relacionada con la efectividad que logra hacer efectivo un intento o propósito”. Eficiencia sería “virtud y facultad para lograr un efecto determinado”. “Quizá pueda decirse, resumiendo, que mientras la eficacia alude a la producción real o efectiva de un efecto, la eficiencia se refiere más bien a la idoneidad de la actividad dirigida a tal fin”.³⁴ La segunda consecuencia se refiere a los efectos jurídicos de la actuación conforme o disconforme al referente de eficiencia y, por ende, si la conducta es debida o “antijurídica”, lo que puede acarrear consecuencias sea hacia la validez del acto o bien diverso tipo de responsabilidades personales. El problema es de una enorme complejidad técnica, porque requiere de entrar a consideraciones de carácter material o “de fondo” en el criterio de eficiencia.

Sin embargo, para llegar a ese paso, es importante tratar primero el carácter jurídico del concepto de eficiencia y, segundo, ubicar el tipo de

³³ Al respecto, es aplicable lo que Alfonso Parejo dice a propósito de la eficacia: “...ni la eficacia puede nunca comprender exigencia de renuncia a conquista alguna del Estado de Derecho (legalidad y demás principios proclamados en el artículo 9.3. CE (Constitución española), es decir, sometimiento pleno a la Ley y al Derecho), ni el sometimiento a la Ley y al Derecho puede llegar a comportar condicionamientos y requerimientos que hagan impracticable una actuación eficaz. En la medida en que la eficacia postulada por el estatuto constitucional de la Administración es una eficacia en el Derecho, los criterios de medida, valoración y enjuiciamiento de aquélla sólo son válidos si incorporan su auténtico contenido, significado y alcance”. *Eficacia y Administración, tres estudios*, Madrid, MAP, 1995, p. 113.

³⁴ *Ibidem*, pp. 89-92.

normas en las cuales se inserta, para estar en condiciones de hacer juicios sobre su contenido material o significado, y los efectos jurídicos que en cada caso produce.

Así, pues, tomando en cuenta los antecedentes que hemos expuesto ya sobre el significado técnico y económico de eficiencia, así como los que se pueden derivar del material jurídico transcrito, podemos listar una serie de características del mismo: es un criterio de evaluación de resultados y de conductas; es formulable por el conocimiento, pero existen diversas posibilidades de formulación; puede ser cuantificable; se predica de funciones, conductas y situaciones o estados de cosas. Tales características conducen a apreciarlo dentro de lo que en teoría del derecho conocemos como conceptos jurídicos indeterminados, en específico que se refieren a una esfera cuyos límites no aparecen bien precisados en la realidad, pero que admiten ser precisados mediante un acto de cognición,³⁵ y que dado el caso de concreción debe llegarse a una solución única por quien está obligado a aplicar el derecho (lo que necesariamente es un acto de voluntad). Como concepto, se incorpora en enunciados jurídicos normativos que se refieren, como ya vimos, a una diversidad de situaciones, sujetos y conductas, por lo que será una cuestión de derecho positivo y tarea de la dogmática localizar el tipo de normas en las cuales se ubica. De la misma manera, obedece a distintos contextos no sólo normativos sino de la realidad

Siguiendo el acercamiento hecho en páginas anteriores, nos encontramos los siguientes casos:

- a. *La eficiencia como cometido de órganos administrativos.* Esto se presenta en los casos en que se establece por la norma una orientación o dirección de sus funciones acerca de los objetivos que deben lograr o procurar lograr: presentar proyectos de normas que busquen los mayores beneficios sociales a los menores costos, promover la eficiencia, lograr la eficiencia, etcétera. En éstos, la eficiencia es el objetivo o finalidad de la función (lograr una situación eficiente), el criterio de orientación de esas funciones (eficiencia como directiva) y la característica de la función misma (función eficiente).

³⁵ Cfr. García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, nota 31, p. 457, y Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 191-221.

- b. *La eficiencia en relación a conductas de particulares y de servidores públicos.* Se presenta como la implicación del derecho al funcionamiento libre y competitivo del mercado, en el caso de los particulares, y como obligación de conducta para los servidores públicos. En este caso la eficiencia es una cualidad o característica de la conducta humana en tanto puede ser idónea para producir la eficiencia como resultado.
- c. *La eficiencia como situación o estado de cosas* se refiere al resultado, esto es, sería empíricamente constatable que en la realidad se da una situación eficiente.

Lo anterior permite localizar que la eficiencia se encuentra en normas que establecen derechos subjetivos, competencias y obligaciones y normas que establecen principios y fines de Estado.³⁶

Hay además en estos tres significados posibles dos dimensiones de la realidad: eficiencia en el proceso y eficiencia en el resultado. Eficiencia “potencial”, y eficiencia “eficaz” o “efectiva”.

La consideración de los aspectos normativos y de significado de la eficiencia nos permitirán precisar la intensidad o fuerza normativa de la misma y evidentemente las consecuencias jurídicas que se derivan del concepto para garantizar derechos, para exigir obligaciones, para aplicar sanciones, etcétera. Y que, por supuesto, lleva a considerar el contexto sociocultural de los ámbitos en que se aplica. Con eso quiero decir lo siguiente: que el marco institucional público y privado es distinto y que la eficiencia no es percibida de la misma manera, por ejemplo en una resolución de la Comisión de Competencia Económica en el caso “Coca Cola contra Pepsi Cola”, que por un juez de amparo que revisa una resolución de aquélla, que por un funcionario de una contraloría interna que resuelve acerca de la eficiencia de la conducta del servidor público, o por la Cofemer que evalúa el impacto regulatorio de un proyecto de iniciativa, que por la Comisión de la Cámara de Diputados que la examina.

No hay una norma jurídica que obligue a quien “concretiza” el concepto de eficiencia para que lo haga según el criterio de Pareto o el de Kaldor Hicks, o simplemente acuda al Diccionario de la Real Academia

³⁶ En cuanto a la tipología de normas, véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996; Santamaría Pastor, J. M., *Principios de derecho administrativo*, 2a. ed., Madrid, CEURA, 1998, pp. 185 y 186.

o a un diccionario jurídico. Seguramente algunos se apoyarán en la teoría económica institucional o en el *law and economics*, y posiblemente otros en el diccionario que tengan más a la mano o en su “leal saber y entender” y tales formas de proceder serán igualmente jurídicas.

Pero aun suponiendo que se acuda a criterios de la teoría económica, queda un problema: ¿cuál de ellos es el más adecuado?, o bien, ¿es aplicable a la función estatal un criterio pensado para la microeconomía? Uno de los primeros problemas que encontramos en la literatura especializada es esa dificultad de evaluación de costos y beneficios. Metcalfe y Richards destacan los problemas del manejo de la eficiencia en el sector público, dada la dificultad de su medición en éste y su tendencia a desacreditarse en la medida misma en que se le circunscriba sólo a una eficiencia medible. Pues así, según los autores, se producen tres consecuencias no deseadas: a) la reducción de la eficiencia a la simple economía de medios, ya que los costos se miden más fácilmente que los beneficios (el ahorro se constituye en la única medida del éxito; la demanda de eficiencia se transforma en mero recorte de gastos); b) la tendencia a la ignorancia de los efectos externos, por el hecho de ser los costos sociales más difíciles de medir que los económicos (cada servicio se concentra en la mejora de su eficiencia económica, incluso si los efectos globales no son óptimos); y c) la redefinición inadecuada de criterios para hacerlos más fácilmente susceptibles de medida cuantitativa, ya que los beneficios económicos son más fáciles de medir que los sociales (de generación de la búsqueda de la eficiencia en simple juego de números, operaciones de contabilidad). Asimismo, apoyándose en Peacock, señalan la especificidad de la gestión o el *management* público, por razón de las dificultades para incidir en la eficiencia productiva de la Administración: dificultades que reconducen a las siguientes causas: 1) los resultados de la actividad administrativa son difíciles de definir y aún más de medir; 2) los indicadores de resultados disponibles son aún muy imperfectos por su falta de idoneidad para captar las diferencias cualitativas entre las actividades; 3) la limitación por el régimen propio de la administración del margen de disposición del gestor en el campo de los incentivos y las oportunidades de los directivos en la búsqueda de vías de minimización de los costos, y 4) la respuesta natural de los gestores públicos a las incertidumbres propias de la gestión pública mediante el soslayamiento de toda evaluación.³⁷

³⁷ Metcalfe y Richards, *op cit.*, nota 19.

Asimismo, deben considerarse los distintos tipos de actividades. A decir de Parejo:

- a) *De carácter o contenido económico*: consisten en la máxima explotación de los medios, con el resultado de

...cualquiera de las dos siguientes situaciones 1) o bien el objetivo está previamente dado, en cuyo caso la eficacia se traduce en consecución con el mínimo posible de medios; y 2) o bien sólo existe un fin genérico (la producción de bienes), sin precisión concreta de objetivos, pero están dados los medios, en cuyo caso la eficacia es la que produce la concreción de los objetivos, dado que debe entenderse presupuesto que de la eficiencia en el empleo de los medios deriva esa concreción.

- b) *Administración prestacional*. Aquí no basta solamente una optimización de la relación entre medios y objetivos; la administración está obligada a alcanzar su realización efectiva en los términos de su fijación legal

- c) *La actividad de imperium o intervención*. Esta es un tipo de eficiencia distinta a la privada por el mismo carácter extraña de ésta:

...la eficiencia, como contenido parcial de la más amplia eficacia, que tiene en la administración una vivencia general, pues es obvio que aquella debe procurar siempre la optimización de los medios, puede cumplirse en la actividad de imperium tanto en el caso de una programación precisa de sus fines (incidiendo en el incremento del rendimiento de los medios) como en el de indeterminación de éstos (mediante la manipulación de los fines a través de la disposición de los medios).³⁸

Si pensamos en la eficiencia como objetivo de la acción pública, tendremos que si bien es necesaria, resulta insuficiente para lograrla, en primer término porque el derecho, como marco institucional, establece limitaciones a la elección de los particulares, lo que implica un comportamiento según reglas, de manera que las mismas tendrían que ser “redundantes” respecto de un modelo de eficiencia (¿cuál?); segundo, porque aun cuando

³⁸ *Op. cit.*, nota 33, pp. 131-135. En estas afirmaciones, Parejo se apoya en el autor alemán Leisner, W., *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tubinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971.

fueran “eficientes”, sería necesario que los destinatarios se comportaran conforme a ellas, esto es, que fueran eficaces, y para ello se requeriría que las personas consideraran a las normas como “razones para actuar”, lo que supone, por una parte, que las conocieran efectivamente, luego que por su grado de interiorización o coactividad fueran eficaces,³⁹ y no se tienda a la anomia.

Así las cosas, encontramos que el solo diseño “eficiente” de normas sería únicamente parte de la consecución de la eficiencia como resultado social, y se coloca dentro del terreno de la potencialidad, cuya eficacia es un momento posterior en la medición del impacto. La eficiencia de un proyecto, iniciativa, política, e incluso de las normas jurídicas, será el resultado de un ejercicio de modelación.

El sentido normativo de las normas que establecen directivas, se deriva según adquieran la forma de principios o fines. En el caso de que se presenten como principios, contienen directrices a los sujetos obligados (órganos y servidores) para perseguir fines, expresan valores del ordenamiento y de ellos se derivan criterios interpretativos.⁴⁰ Sin embargo, su aplicación no puede darse por subsunción, sino que “proporcionan criterios para *tomar* posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas”.⁴¹ De esta manera, en la concreción de la decisión única, al depender la misma de la eficiencia, el órgano de decisión deberá tomar posición entre una diversidad de opciones, considerando para ellas, en primer término las definiciones que al respecto realice la Constitución y el ordenamiento jurídico, y en caso de conflicto, el peso relativo de los valores y principios involucrados y la ponderación de los mismos.⁴² Para el caso de que el concepto de eficiencia forme parte de una norma que establezca fines,⁴³ esto es, tienda a lograr una “situación eficiente”, la norma puede estar en la posibilidad de señalar los medios de

³⁹ Véase Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 18.

⁴⁰ Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, nota 36, p. 67.

⁴¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, p. 169.

⁴² Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993, pp. 77-80; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 31.

⁴³ Para el caso español, Parejo dice, a propósito de la eficiencia:

a) “Formaliza un valor o bien constitucionalmente protegido, a saber, el de la realización del interés general, tal como éste venga predeterminado por el ordenamiento jurídico.

conseguir tales efectos (libre competencia, mecanismos de mercado, incentivos, evaluación de impacto), o dejará una mayor libertad para conseguirlos, y su efectividad solamente podrá medirse una vez dado el resultado. Es importante en este caso conocer si el objetivo planteado es en términos de utilidad o de equidad social.

En el empleo del concepto de eficiencia respecto de funciones o conductas, a su vez, es necesario distinguir en su evaluación una diversidad de momentos y de condiciones de verificabilidad. Primero: un proyecto, iniciativa, política, acto, plan, programa, norma general, etcétera, puede ser evaluado como “eficiente” bajo un cierto criterio y en un ejercicio de modelación hipotético, pero de eso no se sigue que sea eficiente en la realidad; ésta es un momento posterior; segundo: que los destinatarios actúen de conformidad con la norma, esto es, que sea eficaz, pero de ello tampoco se sigue que necesariamente se cause un resultado eficiente, sea por errores del modelo, porque se provoquen consecuencias no deseadas o porque cambien las condiciones de aplicación; y tercero: que en la acción se produzcan resultados eficientes, esto es, que se cumplan los propósitos de la misma, que tenga efectividad,⁴⁴ sea porque haya sido adecuada o a pesar de la misma.

Cuando la eficiencia se incluye en normas que establecen derechos u obligaciones, su concreción trae consecuencias (responsabilidades, sanciones, nulidad de actos). Lo anterior tiene una gran importancia, ya que el momento en que la eficiencia se evalúe, se afecta la seguridad y certe-

b) Determina la situación jurídica necesaria que exige de modo incondicionado, es decir, sin la estructura hipotética propia de las normas jurídicas de carácter general.

Sin perjuicio de ello, debe entenderse que en la determinación están implícitas dos condiciones: la predeterminación de los fines (los intereses generales) y la articulación organizativa y dotación medial adecuadas del sujeto responsable de la realización de la situación jurídica postulada como necesaria. Pues esta realización requiere un sujeto agente de la precisa actuación y ésta ha de ser intencionada o causal, en el sentido de predeterminada teleológicamente.

c) Contiene la identificación del sujeto responsable de la actividad precisa para la realización de la situación jurídica: la Administración.

d) Dado su contenido, el deber en que se traduce el principio incluye de suyo la exigencia de eficiencia. En tanto que, al realizar el interés general conforme a Derecho es, por definición, ejecutora de programas de gasto público, toda actuación administrativa debida-eficaz ha de responder a los criterios de eficiencia y economía establecidos...”. *Op. cit.*, nota 33, pp. 102-106.

⁴⁴ *Cfr.* Calsamiglia, Albert, *Racionalidad y eficiencia del derecho*, México, Fontamara, 1993, pp. 66 y 67.

za de los destinatarios y es un referente para la toma de decisiones de los agentes. En efecto, si la evaluación es sobre resultados, tendrá que hacerse una constatación empírica donde la prueba sería litigable y los criterios serán utilizables estratégicamente por las partes. Sin embargo, cuando la evaluación sea de conductas “potenciales”, la objetividad de la misma tiene un referente modélico, con todo lo que de subjetividad contiene, pero también “potenciales” con un grado relativo de probabilidad. De esta manera, la determinación jurídica se hará sobre algo cuya eficacia y efectividad todavía se desconoce, lo que concita muchas preguntas, ya que no se tiene la absoluta certeza que el modelo de diseño y el modelo de evaluación sean “correctos”, ni de que a pesar de que lo sean, ocurra algo en la realidad que cambie las condiciones de aplicación, lo que conduciría a paradojas: modelos eficientes pero ineficaces o inefectivos. Si un modelo se construye *ceteris paribus*, esto es, suponiendo que todo permanece constante, su tumba puede tener un epitafio: “incertidumbre”.

Lo hasta aquí dicho nos permite concluir que, dada la importancia pero también las dificultades de determinabilidad de la eficiencia, la administración se coloca en un espacio relevante y privilegiado de actuación y de decisión. En este espacio, las funciones de la administración no se limitan a la subsunción, ni siquiera a la ponderación para la decisión, sino que van más allá, se mueven en el espacio de discrecionalidad inevitable y necesaria en el que lleva a cabo funciones de diseño y conducción social, donde el derecho es un modelador social, y en que se debaten opciones sociales. Lo anterior conduce a un problema de gran complejidad y debate que es el relativo al control de la discrecionalidad, y dentro de la misma, al control de la eficiencia, y que no es materia de este trabajo, pero se deja anotado. Sin embargo, pese a las dificultades del tema tratado, debe rescatarse la idea central de la eficiencia: el mejor uso social de los recursos escasos. Cómo hacerlo es parte del debate científico, político y social; los criterios que surjan del mismo pueden conducirnos en ese camino, o bien a equivocarnos con mayor seguridad.