



UNIVERSITAT DE BARCELONA

U

B

Una visión internacional sobre el derecho a una buena administración, el concepto de buen gobierno y sus relaciones con el principio de probidad

Santiago de Chile, 11 de noviembre de 2016
Universidad Alberto Hurtado

Dr. Juli Ponce Solé
Catedrático Acr. de Derecho Administrativo,
Director del instituto de investigación TransJus
de la Universidad de Barcelona

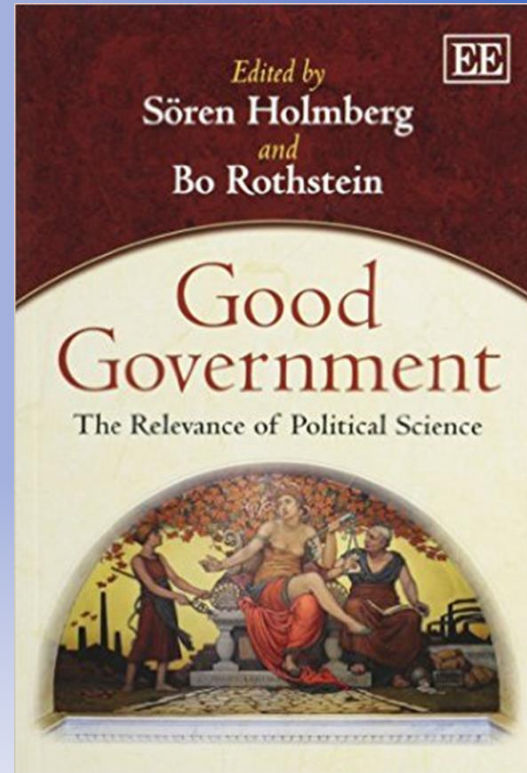
jponce@ub.edu



- 1. Una nueva concepción de la discrecionalidad administrativa y un nuevo papel para el Derecho administrativo del siglo XXI
- 2. Buen gobierno y derecho a una buena administración
- 3. Investigación y aplicaciones: en especial, conflictos de intereses y probidad



1.



- BRAIBANT: "incluso cuando las autoridades administrativas están autorizadas a hacer lo que quieran, no pueden hacer no importa qué"
- CASSESE: "siglo de la buena administración"



PARADIGMA BUROCRÁTICO

- Los nuevos desarrollos sobre el derecho a una buena administración contrastan y son contrarios, como veremos, a enfoques tradicionales:
 - la sentencia del Tribunal Supremo español (en adelante, STS) de 8 de abril de 1998 (Ar. 3452), que califican a la discrecionalidad, siguiendo a la doctrina científica “más autorizada” como “libertad de elección entre alternativas igualmente justas”.
 - "el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, *sin más límite que la arbitrariedad* que proscribe el artículo 9, apartado 3 , de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador” (STS de 3 de mayo de 2010, citando otras anteriores).



TC peruano, de 5 de julio de 2004, recaída en el Expediente N° 009-2004-AC/TC (Juan Carlos Callegari Herazo, en adelante, la Sentencia Callegari

“Respecto a los actos no reglados o discrecionales, los entes administrativos gozan de libertad para decidir sobre un asunto concreto...”

“La discrecionalidad mayor es aquélla en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

Dicha discrecionalidad, en lo esencial, está sujeta al control político y, residualmente, al control jurisdiccional, en cuanto a la corroboración de su existencia institucional o legal, su extensión espacial y material, tiempo de ejercicio permitido, forma de manifestación jurídica y cumplimiento de las formalidades procesales.”

LEGITIMACIÓN ADMINISTRATIVA, NUEVA GESTIÓN PÚBLICA Y GOBERNANZA

- LEGITIMACIÓN ADMINISTRATIVA, NUEVA GESTIÓN PÚBLICA Y GOBERNANZA
 - LEGITIMACIÓN POR RENDIMIENTOS (EFICACIA, EFICIENCIA, ECONOMÍA)
 - CÓMO SE ADMINISTRA: CALIDAD DE COMPORTAMIENTO Y RESULTADOS



- La revolución francesa y el principio de legalidad: su inspiración en la física newtoniana y las potestades regladas
- Montesquieu, *El espíritu de las leyes*:
- “Las leyes, en su significación más lata son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas. (...); las tiene el mundo material(...). El hombre, como ser físico, está gobernado, al igual de los otros cuerpos, por leyes inmutables.(...). La ley, en general es la razón humana en tanto gobierna a todos los pueblos de la tierra...”

- Conferencia 2 de marzo de 1962 de Eduardo García de Enterría en Universidad de Barcelona

La lucha contra las inmunidades del poder

el paradigma en el derecho público iberoamericano

do
S »
1050
ONAL

CONFERENCIAS SOBRE «PODER Y DERECHO»

El profesor García de Enterría disertó acerca de «LA LUCHA CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER»

Ciclo organizado por la «Promoción Ballbé»

Dentro del Ciclo «Poder y Derechos» que, organizado por la Promoción Ballbé 1957-1962, se está desarrollando en la Facultad de Derecho, disertó el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid, doctor Eduardo García de Enterría. Tras unas palabras del decano de la Facultad, doctor Font y Rius, el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, doctor Entrena Cuesta presentó al conferenciante, poniendo de relieve su preparación científica y su dedicación a la enseñanza universitaria.

Relación entre la Administración y la Política

El profesor García de Enterría recordó, en breves frases, los lazos de amistad y colaboración que le unieron al desaparecido profesor doctor Ma-

xistencia de actos de naturaleza política, distintos de los de naturaleza administrativa. Son, unos y otros, actos de un mismo sujeto —la Administración—, y, como tales, sometidos al mismo Derecho unívocamente.

De la enumeración de nuestra Ley, sólo dos categorías de los actos políticos sustraídos a la fiscalización contenciosa, lo han sido justificadamente: los actos referentes a las relaciones internacionales, y los que regulan las relaciones del Gobierno con los demás órganos políticos del país: Cortes, Jefatura del Estado, etc. En estos casos, tampoco nos hallamos ante una auténtica inmunidad administrativa, porque dichos actos no son emanados de la Administración, sino sujetos al ordenamiento jurídico internacional, en el primer caso, y al orden constitucional, en el segundo, con el cual serán actos fiscalizables en las respectivas Jurisdicciones internacional y constitucional, allí donde las hubiere.

- La ciencia jurídica normal y sus anomalías: la *indiferencia* del Derecho ante las decisiones discrecionales del gobierno y de la administración (Tribunal Supremo Español). La *libertad* de elección entre alternativas

- El derecho a una buena Administración, como veremos, al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad actúa como límite más allá de la mera arbitrariedad, siendo, además, guía para los gestores públicos en la toma de decisiones.
 - En la jurisprudencia española del Tribunal Constitucional (TC), podemos destacar, al respecto, las sentencias 17/1996, de 7 de febrero y 202/1997, de 25 de noviembre, ambas recaídas a propósito de nombramientos de libre designación de empleados públicos, el TC señala que **ni siquiera en estos casos existe una "omnímoda libertad"**, aún existiendo discrecionalidad, pues debe existir una motivación de la decisión adoptada que exteriorice las causas objetivas en que ésta se funda, las cuales, obviamente, deben existir y reflejarse en el correspondiente expediente.



- POR ELLO, FRENTE A LA INERCIA JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL SE IMPONE YA OTRA MANERA DE ENTENDER EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA GESTIÓN PÚBLICA



La física cuántica, la incertidumbre y la discrecionalidad.

Principio de incertidumbre de Heisenberg

Observador

Ordenamiento. Jurídico (normas, ppos. gales, derecho y obligaciones a una buena administración)



Partícula

Decisión administrativa

Velocidad \circ movimiento

Aspectos reglados y núcleo discrecional

- En las palabras de la STS español de 7 de octubre de 1999 (Ar. 8840) (en este caso por falta de adecuada motivación)
- “resultará que se incurre en el ámbito de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9.3 de la Constitución, y se priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de controlar si la actividad de la Administración sirve con objetividad los intereses generales, conforme al art. 103.1 de la Norma Fundamental, y viene inspirada por las exigencias de los principios de buena administración (art. 3 de la Ley de Contratos y 111 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril que es lo que justamente impone a los Tribunales el art. 106.1 de la Constitución”. De ahí que “Dicha motivación es exigible, por tales razones, (...) cuando la Administración ejercita facultades discrecionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una pluralidad de alternativas justas o «razonables» desde el punto de vista del Derecho, o de **decidir entre diversas alternativas «jurídicamente indiferenciadas», como textualmente expresa la Sentencia recurrida - aunque cabría preguntarse si en un Estado de derecho puede admitirse la existencia «a priori» de algo «indiferente jurídicamente»**”.



- En definitiva, la lucha jurídica contra las inmunidades del poder debe evolucionar hasta convertirse en la lucha por la buena administración.
- No nos debe bastar ya con que la actuación pública no sea arbitraria y *no vulnere el principio de probidad*; es posible exigir además que respete el derecho a una buena administración.



- STS de 26 de febrero de 1990, Ar. 1512, según la que “el moderno Derecho administrativo ya no aspira sólo a la defensa del ciudadano frente a las injerencias indebidas de los poderes públicos, sino a conseguir una Administración prestadora eficaz de servicios públicos”



- PRATS: *De la burocracia al "management", del "management" a la gobernanza*, en *Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*, INAP, 2005
- NPM: Christopher Hood and Ruth, *A Government that Worked Better and Cost Less? Evaluating Three Decades of Reform and Change in UK Central Government*, Oxford University Press, 2015 (<http://xgov.politics.ox.ac.uk/>)
- OCDE, 2010, *Public Administration after "New Public Management"*, calidad en la gestión



SCHMIDT-ASSMANN:

- “Discrecionalidad no significa “libertad de elección”. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada (...).
- Por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través e una serie de variados parámetros. Para que este mandato sea ejercido “correctamente” no se requiere sólo que la Administración no incurra en vicios jurídicos, pues la “corrección” de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se propicie su aceptación por parte de sus destinatarios”
- Parámetros jurídicos de orientación en positivo de la discrecionalidad que son ““orientaciones normativas de la acción administrativa” que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia” (como las ofrecidas por la proporcionalidad, la buena administración, la igualdad, la seguridad jurídica o la protección de la confianza legítima).

- **CAN ADMINISTRATIVE LAW FOSTER GOOD ADMINISTRATION?**

- YES

- “There can be little doubt that the central purpose of Administrative Law is to promote good administration”

Administrative Law Text and Materials

Mark Elliott, Jack Beatson and Martin Matthews

Fourth Edition, 2011, p. 1.

- Javier de Burgos, S. XIX

 - ciencia de la Administración: ciencia de lo útil y lo dañoso

 - Derecho: ciencia de lo justo y de lo injusto

- Siglo XXI

 - DERECHO: la ciencia de lo justo y útil y de lo injusto y dañoso:

 - todo lo injusto es dañoso, pero dentro de lo justo, puede haber alternativas más útiles al logro de la justicia que otras (mejores por más justas, esto es proporcionadas, racionales, eficientes, etc.)

2.

- Buen gobierno y buena administración en la Historia, el Arte, la Filosofía... y el Derecho público

‘Eunomía’ (Buen Gobierno), de Solón de Atenas (600 a.C)

Mi corazón me impulsa a enseñarles a los atenienses esto: que muchísimas desdichas procura a la ciudad el mal gobierno, y que el bueno lo deja todo en buen orden y equilibrio, y a menudo apresa a los injustos con cepos y grillos; alisa asperezas, detiene el exceso, y borra el abuso, y agosta los brotes de un progresivo desastre, endereza sentencias torcidas, suaviza los actos soberbios, y hace que cesen los ánimos de discordia civil, y calma la ira de la funesta disputa, y con Buen Gobierno todos los asuntos humanos son rectos y ecuanímenes.



Nueva Crónica y Buen Gobierno, de Felipe Guamán Poma de Ayala, hacia 1615





- **AMBROGIO LORENZETTI, IL BUON GOVERNO, 1338-1339, SIENA, PALAZZO PUBBLICO**



- DIEGO RIVERA, 1924, "EL BUEN GOBIERNO", DETALLE DEL MURAL EN LA UNIVERSIDAD DE CHAPINGO, MEXICO D.F.

- EL FEDERALISTA, 1788, NÚM. 76, HAMILTON
- “la verdadera prueba de un buen gobierno es su aptitud y tendencia a producir una buena administración”.

Carta de Jamaica, Simón Bolívar, 1815

<http://albaciudad.org/wp-content/uploads/2015/09/08072015-Carta-de-Jamaica-WEB.pdf>

“El reyno de Chile está llamado por la naturaleza de su situacion, por las costumbres inocentes y virtuosas de sus moradores, por el ejemplo de sus vecinos los fieros republicanos del Arauco, á gozar de las bendiciones que derraman las justas y dulces Leyes de una republica. Si alguna permanece largo tiempo en America, me inclino á pensar que será la Chilena. Jamas se ha estinguido allí el espiritu de Libertad; los vicios de la Europa y del Asia llegarán tarde ó nunca, á corromper las costumbres de aquel extremo del uniberso. Su territorio es limitado, estará siempre fuera del contacto inficionado del resto de los hombres, no alterará sus leyes, usos y prácticas, preservará su uniformidad en opiniones politicas y relijiosas, en una palabra, Chile puede ser libre”





U

UNIVERSITAT DE BARCELONA

García de Enterría, 1962

B

“...un menester que es habitual en los modos científicos del Derecho Administrativo. Es, desde luego, su servidumbre (por de pronto, esto); nos parece, sin embargo, a sus servidores que también su grandeza. Esta tarea es la de reconducir los grandes temas, los temas que estremecen el corazón del hombre , como es éste, sin duda, del Poder, a su concreta, diaria y artesana aplicación, donde desaparecen su esoterismo y su misterio y se hace patente, posiblemente, su funcionalismo verdadero. Así, todo el succulento tema del Estado de Derecho se convierta para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales.”

Deber de buen gobierno y derecho a una buena administración. Semejanzas y diferencias con la buena gobernanza.

- Buena gobernanza
- Buen Gobierno
 - Poder legislativo: fin del mito del legislador soberano. Ej. Tribunales constitucionales portugués o alemán.
 - Poder judicial/buena administración de justicia, TEDH
 - Poder ejecutivo
- Buena Administración: ejercicio de potestades y funciones administrativas (por AP, por Gobierno, por privados)

Construcción de principios y de un derecho al buen gobierno



U

B

- **Código Iberoamericano de Buen Gobierno**

- <http://old.clad.org/documentos/otros-documentos/documentos-ii-curso-taller-evaluacion-de-politicas-publicas-en-montevideo-2010/codigo-iberoamericano-de-buen-gobierno.pdf?searchterm=Código Iberoamericano de Buen Gobierno>

- **Constitución Española:**

principio de interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3 CE, que exige racionalidad y justificación en las decisiones,

el principio de no discriminación, art. 14 CE, y de persecución de la igualdad material, 9.2 CE,

el principio de proporcionalidad y, por tanto, de actuación no desproporcionada (derivado por la jurisprudencia del art. 1 CE, incluyendo los conocidos subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) o

el principio de asignación equitativa, eficiencia y economía en la programación gasto público (art. 31.2 CE).

- **Legislación española:**

en el art. 26 de la ley estatal 19/2013 hay un deber de diligencia debida en la toma de las decisiones de gobierno (26, 2,a,5º: “**Actuarán con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos**”), equivalente a las obligaciones de buena administración ya vistas, que si no se cumple dará lugar a una ilegalidad y a comisión de una infracción tipificada como sanción muy grave en los arts. 29.1 a (incumplimiento del principio constitucional implícito de buena administración y no arbitrariedad), 29.1 f (si hay notorio incumplimiento de sus obligaciones de buen gobierno), cometiendo la infracción prevista en el 29.3. b, sancionable conforme al art. 30.

- Posibilidad de diseños institucionales y procedimentales para garantizar el buen gobierno: no le es indiferente al Derecho
- Miembros del gobierno deben servir al interés general (ley 19/2013) con objetividad (ley conflictos de intereses: preámbulo, deberes de inhibición y abstención)
- Pleno control judicial LJCA, art. 2.a: actos “políticos o de gobierno”.
- Un ejemplo: los indultos y la STS de 20 de noviembre de 2013: naturaleza de la decisión (acto de gobierno discrecional, no administrativo, indiferente si político), posibilidad de control, rechazo de desviación de poder (?), aceptación principios generales del derecho, aplicación interdicción arbitrariedad que genera deber de motivar racionalmente.

EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

- DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: la Organización Mundial del Comercio y el *Appellate body*
 - *caso de los Shrimp products (camarones), de 1998, en el que el órgano de apelaciones señaló que los EEUU no habían proporcionado a ninguno de los Estados, cuyas exportaciones de camarones prohibieron mediante regulaciones administrativas internas, las garantías básicas de un procedimiento administrativo, como la oportunidad de ser oído, o alegar contra los cargos imputados [1].*
[1] Puede consultarse en español esta decisión en:
http://www.wto.int/spanish/tratop_sdispu_scases_sds58_s.htm
- DERECHO ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- La doctrina jurisprudencial de *hard look*, también conocida como el estándar del “procedimiento razonado” (*reasoned decision making*) es ampliamente empleado por la jurisprudencia y muestra como en el moderno Derecho público de los Estados Unidos “el énfasis en la revisión de la arbitrariedad se ha movido hacia el escrutinio de la calidad del razonamiento administrativo”^[1].
- ^[1] [Ronald M Levin](#), [Ernest Gellhorn](#), *Administrative law and process in a nutshell*, 2007, 5ª edición, p. 103.

- Iberoamérica: un caso destacable lo constituye la CONSTITUCIÓN de Costa Rica, que si bien no utiliza las palabras buena ADMINISTRACIÓN, incluye en sus arts. 139.4 y 140.8 referencias a la “la buena marcha del GOBIERNO” y “el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”. Es destacable la labor de la sala constitucional de la Corte Suprema de JUSTICIA de Costa Rica, que ha empleado diversos principios constitucionales ligados con “la buena marcha del GOBIERNO” y “el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, antes aludidos, para otorgar amparo en casos donde la SALUD de un ciudadano estaba en juego por deficiente atención médica (por ejemplo, sentencias de 13 de julio de 2004, Res: 2004-07352 o de 5 de agosto de 2005, Res: 2005-010292)

Carta iberoamericana de derechos y deberes de los ciudadanos ante la administración pública 2013:

<http://old.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>

- En la sentencia recaída en el expediente N° 2235-2004-AA, Caso Grimaldo Chong, el Tribunal Constitucional peruano ha manifestado que
- “el **principio constitucional de buena administración** se encuentra implícitamente constitucionalizado en el Capítulo IV del Título II de la Constitución. En lo que aquí interesa poner de relieve, dicho principio quiere poner en evidencia no sólo que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues están al servicio de la Nación (artículo 39° de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente”.

-CONSEJO DE EUROPA: Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena ADMINISTRACIÓN

-ART. 6 CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (principios de buena administración, incluida justicia)

- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo <https://www.youtube.com/watch?v=1890h55r14Q>
- https://www.youtube.com/watch?v=WhH1UPcoRlk&feature=plcp&context=C311e6f4UDOEgsToPDskJilmb8XLsZ_n0oWQei59Y2
- (Sección 2.^a), de 20 septiembre 2005 Caso Ertas Aydin y otros contra Turquía, FD 52:
- Aunque las decisiones de traslado sean consideradas por las demandantes como una injerencia de las autoridades nacionales en su derecho a ejercer actividades sindicales, el Tribunal afirma que estas medidas se inscriben en el marco de la gestión y del ejercicio de una buena administración del servicio público del Estado. Al decidir el traslado de las interesadas a otra ciudad o a otra región, las autoridades nacionales actuaron en el marco de su margen de valoración. Señala igualmente que las autoridades no infligieron a las demandantes otro daño que el inherente al propio traslado, de manera que mantuvieron el equilibrio justo que debe reinar entre los diferentes intereses, a saber una buena gestión del servicio público y el derecho de las demandantes a ejercer actividades sindicales

BUENA GOBERNANZA: Utilizada por TEDH para control actividad pública (ej. Sentencia Cazja contra Polonia, 2 de octubre de 2012)

http://europa.eu/index_en.htm



EU TERRITORY:

4,324,782 sq km (less than half the size of the USA)

EU POPULATION:

490,426,060 (July 2007 est.)

EU DENSITY: 112

inhabitants/Km²
(compared to a density of 31 in the US)

- CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, ART. 41: <https://www.youtube.com/watch?v=YvQeFI4vTQE>
- *Derecho a una buena administración*
- *Toda persona tiene **derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.***
- *Este derecho incluye en particular:*
 - *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente*
 - *el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;*
 - *la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.*
- *Toda persona tiene derecho a la **reparación por la Unión de los daños** causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*
- *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las **lenguas** de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*



- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-260/90 *Technische University München v. Hauptzollamt München-Mitle* (1991) ECR I-546, anterior a la Carta de Derechos Fundamentales, en el que la existencia de un deber de buena administración (*due care*) es conectado con el derecho a ser oído y con el deber de motivación
- Caso C-505/09P, sentencia de 29 de marzo de 2012, posterior a la Carta, Estonia contra Comisión, en relación con comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: confirma anulación por Tribunal General de una decisión por vulneración del principio de buena administración de los procedimientos administrativos que significa “la obligación de examinar minuciosamente e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes del asunto de que se trate”
- Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*), ya tras la aprobación de la Carta, el derecho a una buena administración es “uno de los principios generales que son observados en un Estado de Derecho (*governated by the rule of Law*) y son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros”, con referencia al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, Sentencia de 29 de abril de 2015, T-217/11, sala cuarta, Claire Staelen c. Ombudsman de la Unión Europea

-305 judgments, covering from 1960 to 2015, in which the term sound or good administration has been used

-This use has increased dramatically in the last years: from 12 decisions in 2011 to 31 in 2015.

-By subject matter

Staff regulations and employment conditions - EC (140)

Competition (128)

Agreements, decisions and concerted practices (65)

Agriculture and Fisheries (49)

External relations (47)

....

- **Informe oficial** AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA (STATSKONTORET), *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union, 2005*. Consultable en <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf> , establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea:

“la idea general tras la legislación sobre buena administración es que si la administración pública sigue procedimientos adecuados, la probabilidad de tomar buenas decisiones se incrementa notablemente. El diseño de procedimientos que aseguren que la autoridad administrativa considera todos los hechos relevantes, pondera todos los intereses relevantes y asegura que todas las partes puedan hacerle rendir cuentas durante el proceso mediante procedimientos transparentes y mediante la exigencia de que declare explícitamente el fundamento de su decisión asegurará un nivel mínimo de reflexión racional” (pág. 78).

- La doctrina jurídica alemana en torno a la idea de *Steureng* (dirección), vinculada a la llamada *Nueva Ciencia del Derecho Administrativo*.
- EL EJEMPLO ITALIANO: EL *BUON ANDAMENTO* Y LA JURISPRUDENCIA DE LA *CORTE COSTITUZIONALE*
 - **SENTENZA N. 172 ANNO 2005** “...atteso che le esigenze di trasparenza e di credibilità della pubblica amministrazione sono direttamente correlate al principio costituzionale di buon andamento degli uffici.”
 - **SENTENZA N. 262 ANNO 1997** “...che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico.”

- ESPAÑA

- CONSTITUCIÓN: PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN (ARTS. 9.3, 31.2, 103.1)

- MARTÍN REBOLLO: “un **derecho implícito** en la Constitución: el derecho al buen funcionamiento de una Administración cuya función es servir (art. 103 CE)”
- “una interpretación sistemática del texto constitucional derivada de los principios que la inspiran, y en particular del art. 9.1..., se deriva que la sujeción a la Constitución, entendida como deber negativo de no actuar contra ella, se aplica a todos y que esta sujeción actúa como deber positivo de obrar con arreglo a la misma, respecto de quienes son titulares de poderes públicos...” en palabras de la STC 122/1983, de 16 de diciembre, idea que se repite en la STC 101/1983, la cual destaca que **los titulares de los poderes públicos tienen un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución**

- Transparencia, buen gobierno y buena administración
- Ley española 19/2013
- Leyes autonómicas (ej. Ley catalana 19/2014): durante la última década, hay decenas, con títulos distintos, ocupadas en buen gobierno, buena administración, calidad, gobierno abierto...a veces sin título explícito, pero recogiendo derecho a buena administración. Ej. Ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

– EJ. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL
(TS) DE 30 DE ENERO DE 2012:

“En ese sentido, debe recordarse la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo formulada sobre el significado y alcance de la exigencia de motivación de los actos administrativos, que se expone en la sentencia de 23 de mayo de 2005, en la que dijimos:

(...) El deber de motivación de las Administraciones Públicas se engarzar en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.”.



STS, Sala de lo penal, de 18 de diciembre de 2008, recurso de casación 13/2008, que señala lo siguiente:

- **“El deber de motivación es sustancial en todo Estado de Derecho, y se impone por nuestra legislación administrativa y constitucional, y en el ámbito de la Unión Europea por el art. 41 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio (RCL 2008, 1437), por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, Carta de Derechos, que concede el derecho a todos los ciudadanos a una buena administración, que incluye, entre otros derechos, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. Es una constante, constatada con frecuencia desafortunadamente, que las autoridades administrativas en asuntos de elevadas solicitudes, utilizan modelos estandarizados, ausentes de cualquier motivación, tanto fáctica como jurídica, al caso sometido a su consideración, resolviendo, pues sin expresar el razonamiento que es debido. Ello puede dar lugar al delito de prevaricación administrativa cuando a la injusticia intrínseca de la resolución, se une la arbitrariedad de la misma, resultante de tan inmotivado proceder. “**

- ABUNDANTE JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA
- CITA DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE
- EN NUMEROSOS SECTORES DE ACTUACIÓN, EN RELACIÓN A ACTOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS; AUNQUE EMPLEA, DE HECHO, EL CONTROL EN RELACIÓN A REGLAMENTOS, NO MENCIONA LA BUENA ADMINISTRACIÓN.
- CONLLEVA, POR SU VULNERACIÓN, LA DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA (PERO NO EL RECONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA, SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO DE 30/07/2009)
- VINCULA EL DERECHO CON LA (AUSENCIA DE SUFICIENTE) MOTIVACIÓN, AUNQUE EN OCASIONES CONTROLA NO SÓLO LA MOTIVACIÓN, SINO EL EXPEDIENTE Y LA CONGRUENCIA ENTRE AMBOS (SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE 30/11/2011) O LA FALTA DE RESPUESTA ADMINISTRATIVA A ALEGACIONES DE CIUDADANOS (STS 29/10/2010)

ESPAÑA

- La CE (implícitamente)
- Los Estatutos de Autonomía de última generación
- Las leyes autonómicas de buena administración
- la jurisprudencia del TS y de los TJCA:
http://www.gencat.cat/eapc/revistes/recopilatorio_sentencias_jurisdiccion_contenciosa_hasta032015_derecho_buena_administracion.pdf

-
- **DISCRECIONALIDAD NO ES ARBITRARIEDAD... Y DEBE SER BUENA ADMINISTRACIÓN**

QUÉ NO ES, QUE ES Y PARA QUÉ SIRVE LA BUENA ADMINISTRACIÓN



UNIVERSITAT DE BARCELONA

U

B

QUE NO ES...(AUNQUE GUARDE RELACIÓN)

- **BUEN GOBIERNO Y BUENA GOBERNANZA:** las relaciones entre política, administración, sociedad
- **CALIDAD:** resultado de una buena administración
- **ÉTICA O MORALIDAD PÚBLICA**
- **PROPORCIONALIDAD:** cabe una acción proporcionada pero que vulnere la buena administración, y viceversa.
- **DESVIACIÓN DE PODER**
- **TRANSPARENCIA**
: Presupuestos de la buena administración, no se identifican (RAMS)
- **PARTICIPACIÓN**
- **MALA ADMINISTRACIÓN:** ej. Art. 43 CDFUE “casos de mala administración”
- **CORRUPCIÓN:** subtipo específico de mala administración, sea política, electos o nombrados por confianza política, o administrativa.



¿nihil novum sub sole?

- Obligación jurídica de debido cuidado o debida diligencia en ponderación de todos los hechos, derechos e intereses relevantes y descarte de los irrelevantes (proporcionalidad *en positivo*, *reasonableness*)
+ congruencia con expediente + motivación
- Probidad y gestión de conflictos de intereses exige imparcialidad + objetividad = esa toma en consideración cuidadosa



U

B

Definición del derecho a una buena administración y de su estándar de debida diligencia y extensión a privados que ejercen funciones públicas.

Cuidado o diligencia...¿debida?

- Concepto jurídico indeterminado
- Utilizado en otros contextos en el ámbito privado...

- **diligencia de un buen padre de familia** del Código Civil, arts. 1.094, 1.104.2, 1.903
- **“el estándar de diligencia de un ordenado empresario”** que “se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y de acuerdo con un procedimiento de decisión adecuado”, arts 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital, modificada por la ley 31/2014, de 3 de diciembre
- Código ético de la función pública argentina, decreto 41/1999, art. 9:
- **“El funcionario público debe actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración, con la misma diligencia que un buen administrador emplearía para con sus propios bienes”**

- Papel judicial crucial en su determinación
- Mayor diligencia cuando afectación de derechos constitucionales: ej. Art. 27 CE, ej. Art. 45 CE.

EJ. STC 27 DE ENERO DE 2014, VOTO PARTICULAR

**EJ. STS DE 13 DE JUNIO DE 2011, COMENTADA POR
RODRÍGUEZ DE SANTIAGO EN INDRET**

MOTIVACIÓN= CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN	FUNDAMENTACIÓN= EXPEDIENTE= PROCEDIMIENTO (instrucción)= CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO	PONDERACIÓN CON DEBIDA DILIGENCIA O DEBIDO CUIDADO -
<p>NO EXISTE (=INT. ARBITRARIEDAD, ART. 9.3 CE, art. 63.1 LRJPAC)</p>	<p>NO EXISTE (MALA ADMINIST) (Ausencia de procedimiento, nulidad art. 62 LRJPAC)</p>	<p>NO EXISTE (=MALA ADMINIST: INDICIO AUSENCIA DE MOTIVACIÓN O MOTIVACIÓN INSUFICIENTE) (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC)</p>
<p>ES INSUFICIENTE (=INT. ARB) (LO ES SI NO HAY CRITERIO EXTRAJURÍDICO EXPRESADO) (art. 63.1 LRJPAC)</p>	<p>ES INSUFICIENTE (NO INCORPORA HECHOS, INTERESES, DERECHO RELEVANTE) (=MALA ADMINIST) (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.2 LRJPAC)</p>	<p>ES INSUFICIENTE (NO TOMA EN CONSIDERACIÓN FACTORES RELEVANTES O NO GENERA ALTERNATIVAS O NO LAS TOMA EN CONSIDERACIÓN) (=MALA ADMINIST; SI NO ESCOGE LA MENOS RESTRICTIVA, DESPROPORCIONADO) EJ. STC 27 DE ENERO DE 2014 EJ. STS DE 13 DE JUNIO DE 2011 (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC)</p>
<p>ES INCONGRUENTE CON LA FUNDAMENTACIÓN (=MALA ADMINISTRACIÓN) (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC)</p>	<p>INCORPORA ELEMENTOS IRRELEVANTES (=MALA ADMINIST) (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC)</p>	<p>ES INCONGRUENTE CON LA FUNDAMENTACIÓN Y /O LA MOTIVACIÓN (=MALA ADMINISTRACIÓN). EJ. STS 20 de noviembre de 2013, indulto a conductor Kamikaze (impide a la decisión alcanzar su fin, art. 63.2 o vulnera derecho a una buena administración, art. 63.1 LRJPAC)</p>
<p>ES IRRACIONAL (=INT. ARBITR., ART. 9.3 CE, art. 63.1 LRJPAC)</p>		<p>ES IRRACIONAL (=INT. ARBITR., ART. 9.3 CE, art. 63.1 LRJPAC)</p>

FORMULA KLITGAARD

C (corrupción) = M (monopolio) + D (discrecionalidad) – A (accountability)

VACUNA para Menor C=

D (reduciéndola donde sea posible pero aceptando su papel, limitándola y orientándola mediante deberes y obligaciones jurídicas de buen gobierno y buena administración)

+T(transparencia)



Gobierno abierto

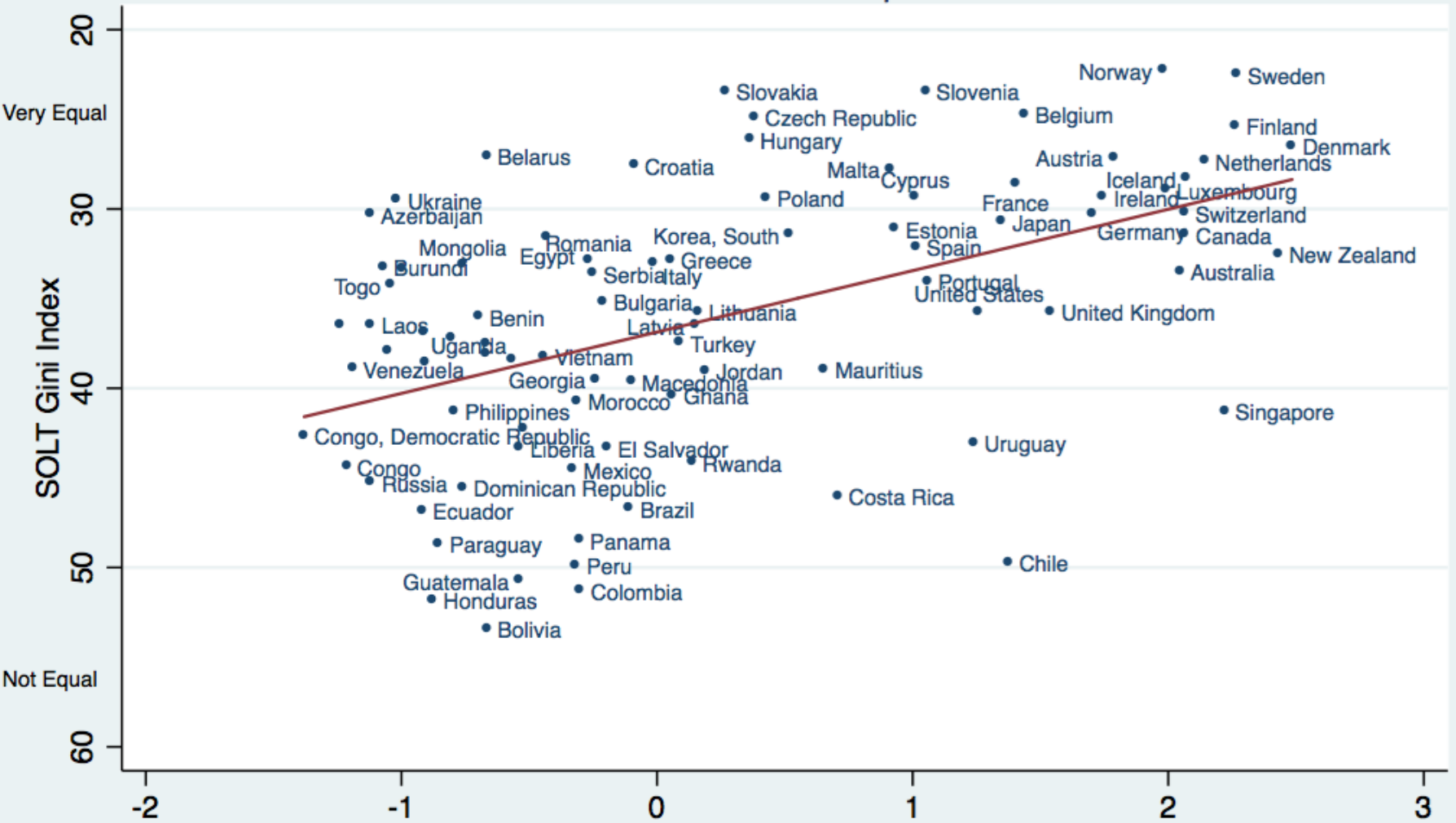
+P (participación)

3.

- ¿HACIA DONDE TRABAJAR PARA POTENCIAR EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN?
 - A largo plazo: cambios marcos mentales
 - A corto y medio plazo: ajustes técnico-jurídicos
 - Cada vez tenemos más datos empíricos sobre a dónde nos lleva un mal gobierno y una mala administración corrupta



SOLT Gini Index vs. Control of Corruption



R-squared= 0.25

Number of Observations= 88

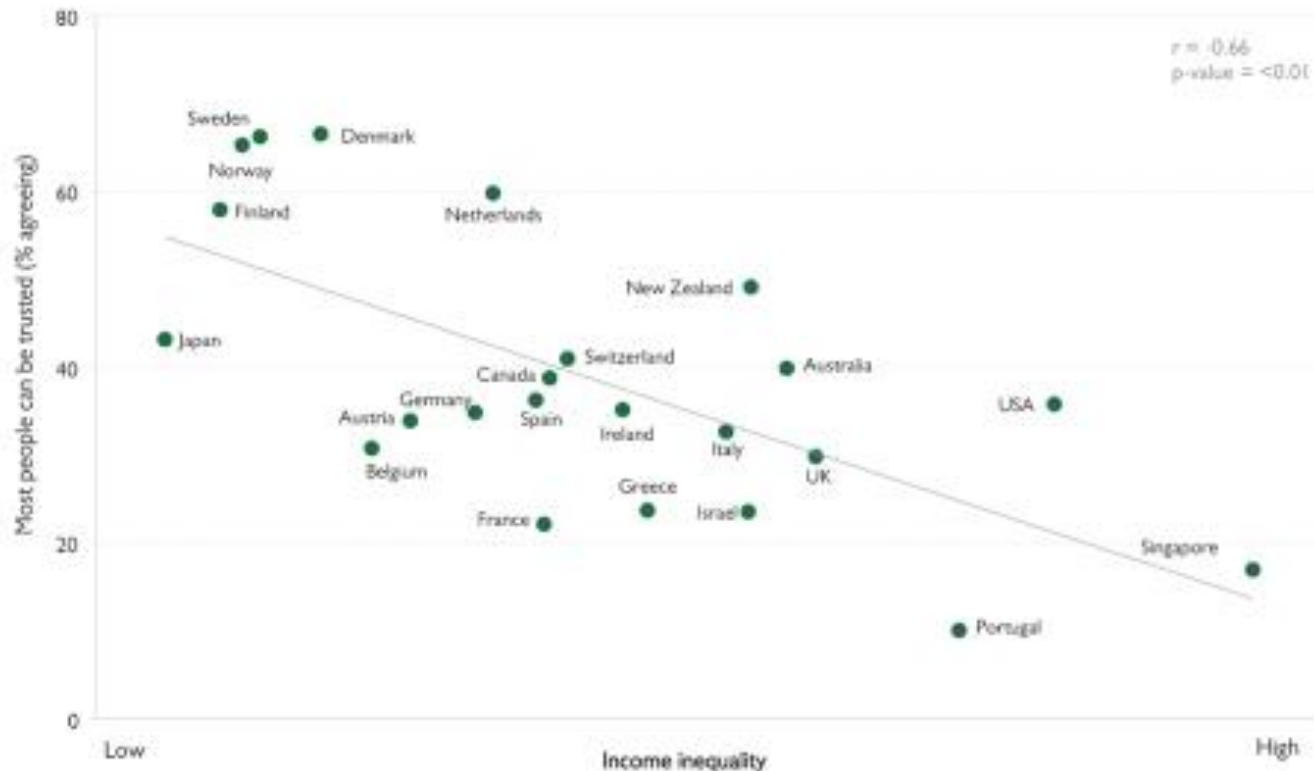
Sources: World Bank (Kaufmann et al. 2009), The Standardized World Income Inequality Database



Desigualdad y corrupción/corrupción y desigualtat: el círculo (no) virtuoso

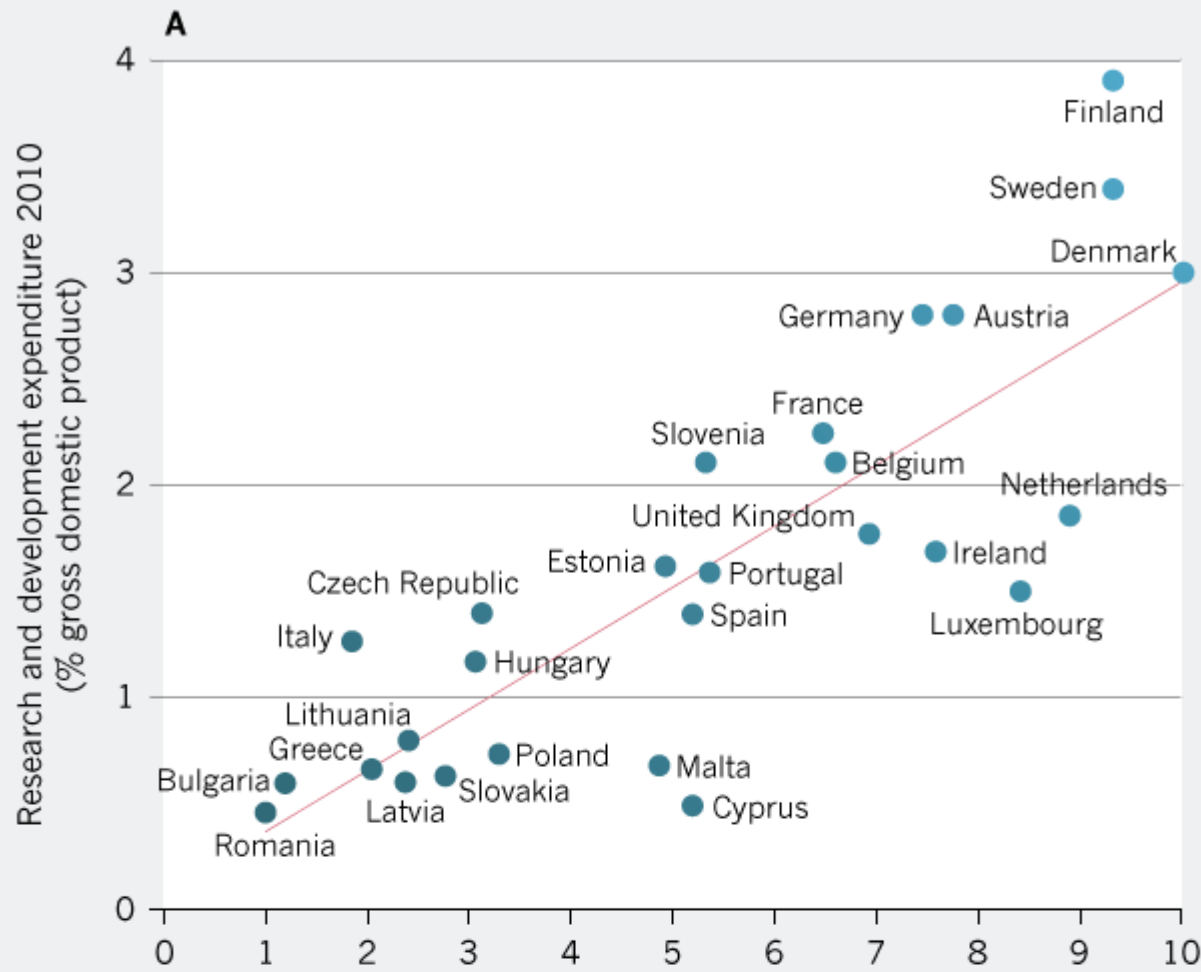
<https://www.equalitytrust.org.uk/spirit-level>

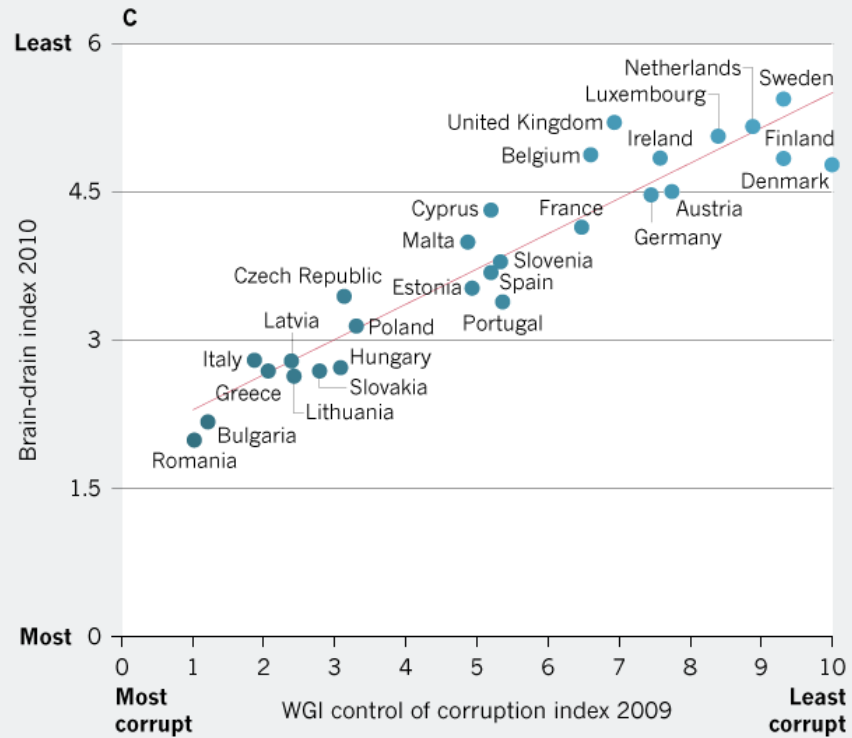
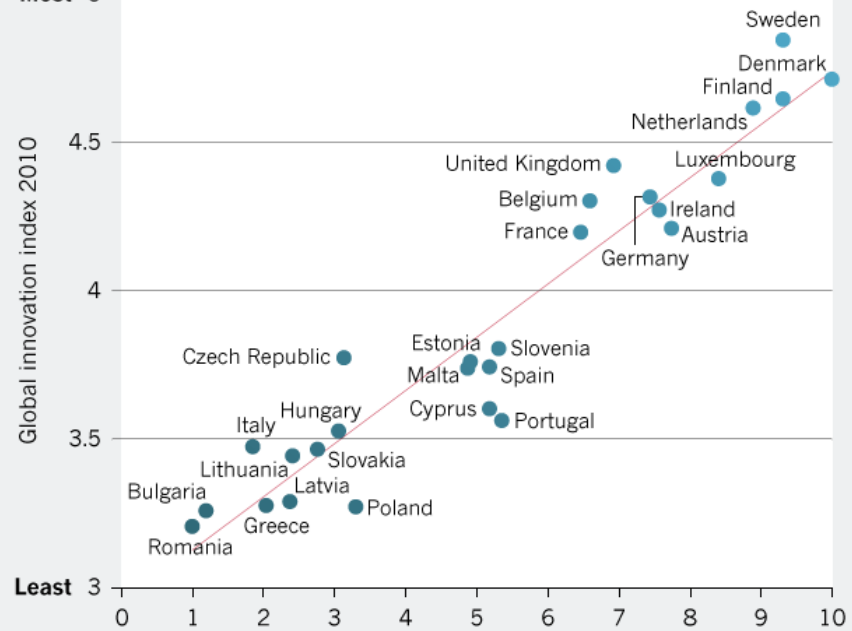
Levels of trust are higher in more equal rich countries



VIRTUOUS CIRCLES

Research spending (A) and innovation (B) are low in European nations judged to be corrupt by the Worldwide Governance Indicators (WGI), causing talented people to flee (C). Meritocratic, democratic countries invest in science and education, which drives economic progress.







Técnicas jurídicas en garantía del buen gobierno y la buena administración (exige actuaciones del poder legislativo, ejecutivo y judicial)

- a) Evaluación de la calidad normativa y establecimiento de una “huella normativa”
- b) Selección y estatuto jurídico de empleados públicos de libre designación, eventuales, directivos y funcionarios locales habilitados estatales.
- c) Definición del derecho a una buena administración y de su estándar de debida diligencia y extensión a privados que ejercen funciones públicas.
- d) Códigos éticos y de conducta, formación e infraestructura ética. Los *compliance officers*
- e) Derecho a una buena administración y criterios no jurídicos en la motivación
- f) La regulación del indulto y su control judicial
- **g) La mejora de la regulación de los conflictos de intereses**
- h) La regulación de los *lobbies*
- i) Las Cartas de Servicio, los estándares de buena administración, la inactividad y la responsabilidad patrimonial
- j) La evaluación de las políticas públicas y su institucionalización
- k) La organización administrativa al servicio de la buena administración
- L) Regulación de la transparencia: derecho de acceso y ofrecimiento de información.
- m) El reforzamiento de los controles de la Administración
 - a) Mejoras en organismos constitucionales y estatutarios de control
 - b) Mejoras en relación a las funciones y a la protección de la labor de los controladores en el ámbito local
 - c) Mejora del control de los actos trámite y de las medidas cautelares en el control judicial de la administración
 - d) La responsabilidad patrimonial por mal gobierno y mala administración
 - e) Acción pública en materia de mal gobierno y mala administración
 - f) Regulación de la figura del *Whistleblowing*

Estado en España: La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña, Oficina Antifraude de Cataluña, 2016, disponible en:

http://www.antifrau.cat/images/web/docs/publicacions/estudis_integricat/20160526-conflicte-interes.pdf

- Tema poco tratado doctrinal y legalmente
- Ausencia de concepto de conflicto de interés: riesgo de corrupción si no se gestiona bien
- Débil formación servidores públicos al respecto
- Declaraciones de intereses: sólo cargos de designación política. Falta de control de veracidad datos
- Transparencia y publicidad de las declaraciones: altos cargos sólo deben publicitar las declaraciones de actividades no de bienes.
- Instrumentos de detección antes de acceder al cargo: solo *hearings* parlamentarios y dependiendo de leyes sectoriales para cargos concretos
- Abstención y recusación
- Incompatibilidades: falta de claridad respecto a diputados y cargos electos locales
- Política de regalos
- Control *post* cargo y puertas giratorias: existe período de enfriamiento de dos años para cargos políticos y de confianza, pero la legislación esta repleta de conceptos jurídicos indeterminados
- Diseño organizativo en garantía del sistema: ausencia de una autoridad administrativa independiente
- Ausencia de regulación de la figura del *whistleblower*
- Ausencia de uso del régimen sancionador en la práctica

¿Una nueva lengua de los derechos para el buen gobierno y la buena administración?

- E. García de Enterría

La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa, Alianza editorial, 1994, Discurso de ingreso en la Real Academia de la Lengua Española

(Buena gobernanza, buen gobierno, buena administración, *better regulation* o mejora regulatoria, *nudging* o empujón, evaluación *ex ante*, evaluación *ex post*, cláusulas *sunset*, *sharing economy* o economía colaborativa, experimentación, indicadores...)

UNA PROPUESTA...

GRUPO IBEROAMERICANO DE BUEN GOBIERNO Y BUENA ADMINISTRACIÓN

- Transdisciplinar, internacional, abierto al mundo
- Proyectos de investigación UB, UOC
- Maestría UB

http://www.ub.edu/dpenal/docencia/master_anticorrupcio_brochure_cast.pdf

-Instituto de investigación TransJus, UB

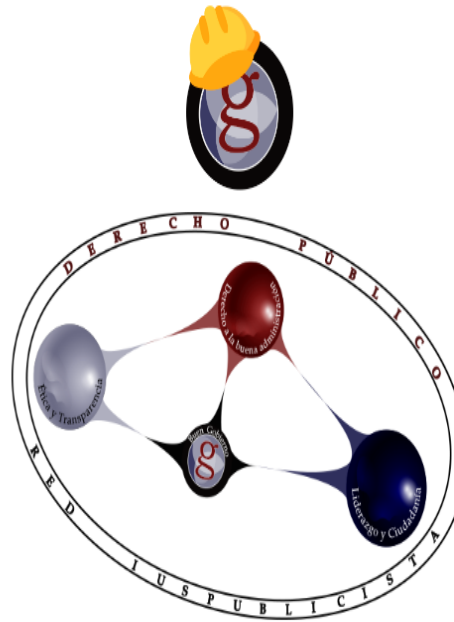
http://www.ub.edu/instituttransjus/index_español.html

-Formación postgrado UPCP



EN MEMORIA JOAN PRATS PROGRAMA DE FORMACIÓN

RED IUSPUBLICISTA PROXIMAMENTE



Search

SUSCRÍBASE A NUESTRO BOLETIN

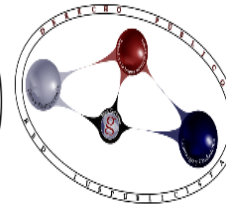
Nombre *

Apellido *

Institución:

Correo Electrónico *

PROXIMAMENTE RED IUSPUBLICISTA



LIBROS RECOMENDADOS



Gracias