

EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO DEL SIGLO XXI. BUEN GOBIERNO Y DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN CONTRA ARBITRARIEDAD Y CORRUPCIÓN

JULI PONCE SOLÉ

Catedrático Acreditado de Derecho Administrativo,
Universidad de Barcelona.

SUMARIO: I. Introducción: buen gobierno y buena administración en la Historia, el Arte, la Filosofía... y el Derecho Público: los paradigmas existentes. II. El Derecho Administrativo frente a la mala administración y la corrupción. III. Por un nuevo paradigma. IV. Deber de buen gobierno y derecho a una buena administración en la legislación y en la jurisprudencia V. La paulatina concreción del derecho a una buena administración y su impacto presente y futuro en el Derecho Administrativo iberoamericano. VI. Algunas conclusiones respecto a una agenda investigadora pragmática futura. VII. Bibliografía *.

I. BUEN GOBIERNO Y BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA HISTORIA, EL ARTE, LA FILOSOFÍA... Y EL DERECHO PÚBLICO: LOS PARADIGMAS EXISTENTES¹

La existencia de un buen gobierno y de una buena administración se configura como una preocupación humana que hunde sus raíces en la noche de los

* Contacto: jponce@ub.edu; www.urcosos.net; <http://www.ub.edu/dret/professor/cas/jponce.ub.edu.html>

1 Trabajo enmarcado en el Proyecto de Investigación financiado con fondos del Gobierno español y en el que colaboran académicos de diversos países iberoamericanos, de Estados Unidos y de diversos países de la Unión Europea titulado “Regeneración democrática, buena administración e integridad pública: el papel del Derecho Administrativo ante la crisis de las instituciones públicas”, con referencia DER2014-57391-C2-1-R (<http://www.ub.edu/instituttransjus/documents/projectes%20recerca/2015%20Proyecto%20REGDEM..pdf>). Una versión distinta de este estudio fue presentada y debatida en el VI Congreso Internacional GIGAPP IUIOG y en el XX congreso del CLAD, y ha sido publicada en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, en su N° 173 de 2016.

Quiero agradecer a los profesores ALBERTO CASTRO, de la Pontificia Católica Universidad del Perú, AGUSTÍ CERRILLO, de la UOC y MANUEL VILLORIA, de la Universidad Rey Juan Carlos, su interés y ayuda, así como a la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires la amable invitación a participar en este volumen.

tiempos, posiblemente desde que han existido comunidades donde alguien (un jefe de la tribu, un reyezuelo) ha ejercido un poder, esto es, desde que ha existido una autoridad pública². Esa preocupación milenaria, por su arraigo en la vida humana, ha trascendido el Derecho y la Ciencia Política y ha sido objeto de atención desde la Filosofía y el Arte.

Respecto a la primera, la idea de que los gobernantes habían de estar sujetos a un “deber de buen gobierno” ya se halla en diversos autores clásicos (SOLÓN, con su poema “Eunomía”, PLATÓN, SÓCRATES, ARISTÓTELES O CICERÓN, por ejemplo), quienes, con diversos matices, expresaron su convicción de que los gobernantes debían buscar la felicidad de todos sus gobernados, no de unos pocos, ordenando a tal fin lo conveniente³.

En cuanto al arte, los frescos de AMBROGIO LORENZETTI del siglo XIV sobre “il buon governo” en el *Palazzo Pubblico* de Siena, en Italia, nos demuestran tal preocupación, como lo hace, por ejemplo, al otro lado del Atlántico, más recientemente, el mural de DIEGO RIVERA, de 1924, sobre “el Buen Gobierno” en la Universidad de Chapingo, en México D.F., corroborando que se trata de una inquietud intemporal.

En el ámbito de los pensadores sobre lo público, en el marco de la Ilustración, PUFENDORF señalaba en el siglo XVIII la existencia de deberes del Soberano, consistentes en cumplir las máximas de la Ciencia del Gobierno⁴. Por su parte, *El Federalista*, una de las obras más relevantes en el ámbito del análisis del poder público, subrayaba como “la verdadera prueba de un buen gobierno es su aptitud y tendencia a producir una buena administración”⁵.

Sin embargo, todos estos planteamientos aún se movían en niveles de gran abstracción, en su caso con apoyo en el Derecho Natural, pero sin base en normas jurídicas.

Es ya en el siglo XIX cuando diversos autores pusieron de relieve que la Administración no sólo debía actuar sin vulnerar el ordenamiento jurídico, sino que además debía actuar bien, conforme a “reglas de buena Administración”, a las que ya se refería POSADA HERRERA⁶. En la doctrina francesa, en palabras de HAURIUO: “L’Administration ne doit pas se borner à être correcte et respectueuse

2 BONINA, N. y DIANA, N., *La deconstrucción del Derecho administrativo*, Editorial Nova, México, 2012; Ed. Lajouane, Bs. As., 2009.

3 DE ASÍS ROIG, R., *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, CEC, Madrid, 1991, p. 269 y ss.

4 PUFENDORF, S., *Le Droit de la Nature et des Gens*, Amsterdam, 1734, ps. 415-418, disponible en: <https://archive.org/details/ledroitdelanatur01pufe>

5 HAMILTON, N° 76, 1788.

6 “Todo lo que tienda a destruir el principio de la sociedad y a detener la marcha de su progreso, será contrario a las reglas de buena administración”. POSADA HERRERA, J., *Lecciones de Administración*, Vol. I, INAP, 1978, p. 52.

de la *légalté*; elle doit s'efforcer d'être habile"⁷, idea que el jurista francés desarrollará a lo largo de diversos trabajos, insistiendo en la idea de "bonne administration", si bien desde la perspectiva de la *moralidad administrativa*, por tanto al margen de la existencia de auténticos deberes u obligaciones jurídicas⁸.

Pero es sólo a finales del siglo XX, y en de lo que llevamos del siglo XXI, que las ideas de buen gobierno y buena administración pasan de la *metafísica* a la concreta técnica jurídica (por utilizar la gráfica expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, respecto a cuál debe ser la función del moderno Derecho Público⁹), gracias a la labor de la doctrina, la jurisprudencia y diversas normas jurídicas, como a continuación comprobaremos.

En esa línea, CASSESE¹⁰ se refiere ya al siglo XXI como el siglo de la buena administración, que no ha sido una preocupación prevalente en el pasado.

El Derecho Público surgido de las revoluciones liberales del siglo XIX, especialmente de la francesa, se apoyó en el *principio de legalidad* y en la ley como manifestación de la voluntad popular, principio que, como ha señalado el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, se inspiró en la física newtoniana y en la creencia en la existencia de leyes ciertas e inmutables del universo¹¹. Esa traslación durante la Ilustración de la física al mundo jurídico se ve con claridad en MONTESQUIEU¹², quien señala como:

"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...".

7 HAURIU, M., *Précis de Droit Administratif*, 2ª ed., 1893, p. 83.

8 HAURIU, M., prólogo al trabajo de R. F. DE VELASCO, "El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del Derecho Español)", *Revista de Derecho Privado*, 1ª ed., Madrid, 1929, p. 7 y ss.

9 Como señala este autor: "Así, todo el suculeto 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". GARCÍA DE ENTERRÍA, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, p. 161, disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227>, (25/05/2015).

10 CASSESE, S., "Il diritto a la buona amministrazione", *European Review of Public Law*, Vol. 21, N° 3, otoño, 2009, p. 1037.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Thompson Reuters, Arnzadi, 4ª ed., reimpresión, Madrid, 2011, ps. 22 y 23.

12 MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, citado por el texto de 1906, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1747, p. 11 y ss, disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espirituDeLasLeyesT1.pdf>

Es a partir de esta traslación de la física al Derecho como el ideal de la doctrina iuspublicista se identifica con la existencia de potestades regladas y la eliminación de la discrecionalidad, considerada, como mínimo, un “caballo de Troya” en el Estado de Derecho (en expresión de HUBER, citado por BULLINGER¹³).

Es a partir de esta traslación de la física al Derecho como el ideal de la doctrina iuspublicista se identifica con la existencia de potestades regladas y la eliminación de la discrecionalidad, considerada, como mínimo, un “caballo de Troya” en el Estado de Derecho (en expresión de HUBER, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁴).

El comportamiento administrativo debía ser cierto y predecible, consistiendo en la mera aplicación automática de normas preexistente. Pero ante la imposibilidad de eliminar la discrecionalidad, la doctrina reconoció, como mal inevitable ésta y procedió de forma brillante a ir limitándola, mediante la identificación y el posible control judicial de los elementos reglados y de la vulneración de los principios generales del Derecho.

En España, por ejemplo, esta tarea fue impulsada magistralmente por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, sobre todo a partir de una importante conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en marzo de 1962, objeto luego de publicación el mismo año en la *Revista de Administración Pública* y posteriormente como libro¹⁵, constituyendo una obra de gran éxito e influencia, que la doctrina de habla hispana ha ensalzado y reconocido como una de las obras más influyentes en la historia del Derecho Público (MUÑOZ MACHADO la considera “un ensayo muy influyente”¹⁶, mientras DE CARRERAS se refiere a su “célebre conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona” a la que asistió y de la que “comprendí muy poco” pero que estaba “socavando las bases de la dictadura y sentando los principios de un Estado de Derecho”¹⁷).

13 HUBER, citado por BULLINGER, M., “La discrecionalidad de la Administración. Evolución y funciones, control judicial”, *La Ley*, Año VIII, N° 1831, 30 de octubre de 1987, p. 899.

14 GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, p. 167, disponible en:

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227> (25/05/2015).

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha...”, op. cit.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1974.

16 MUÑOZ MACHADO, S., “Libros esenciales para entender el Derecho administrativo y el Derecho público general”, *InDret*, 1/2009.

17 DE CARRERAS, F., “Enterría y la Constitución”, artículo publicado en el periódico *La Vanguardia* el día 25 de septiembre de 2013 y luego recogido en Consejo Editorial Civitas, *Eduardo García de Enterría. Semblanzas de su vida y de su obra*, Thomson Reuters, 2014.

Así, por decirlo en la terminología de KUHN con relación a las ciencias¹⁸, la *lucha contra las inmunidades del poder* marca en el siglo XX los *paradigmas* del Derecho Administrativo español, con gran influencia en Hispanoamérica y en la línea de los desarrollos en otros países europeos.

Ahora bien, pese a su innegable calidad e influencia, estos desarrollos hicieron que el Derecho Administrativo alcanzara sus cotas más altas pero, a la vez, establecieron limitaciones al mismo, al que colocaron una *camisa de fuerza* epistemológica y metodológica, y que por ello, en nuestra opinión, está sufriendo una crisis de identidad en las últimas décadas, de la que confiamos saldrá reforzado con nuevos paradigmas como los que aquí pretenden exponerse.

Efectivamente, si bien estos desarrollos doctrinales establecieron brillantemente la *ciencia normal* en la que se basó la doctrina, la enseñanza universitaria y la formación de los operadores jurídicos, especialmente de los jueces encargados de controlar a la Administración, simultáneamente fijaron la *indiferencia* del Derecho con relación al núcleo de las potestades discrecionales¹⁹.

Por ello, en la doctrina tradicional, fuertemente arraigada, comprobado judicialmente el respeto de los elementos reglados y la no vulneración –visión en negativo, pues– de los principios generales del Derecho, entonces el núcleo de la decisión discrecional, al estar fundada en criterios no jurídicos (económicos, artísticos, etc.) era algo de lo que el Derecho Administrativo no tenía que ocuparse, al no ser controlable judicialmente, puesto que una intervención judicial en ese núcleo supondría la vulneración del principio de separación de poderes y el denominado gobierno de los jueces.

Sin embargo, en nuestra opinión, se produce aquí una identificación entre el papel del Derecho Administrativo y el control judicial de la Administración,

18 KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981.

19 Así, se indica que la discrecionalidad es una “libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos” (GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha...”, op. cit., ps. 174 y 179); es “esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”, cabiendo, por tanto, en el ejercicio de una potestad discrecional “una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”, GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1993, p. 456, por ejemplo.

En la jurisprudencia, por todas, STS de 1 de junio de 1987, que señala que la discrecionalidad es la “potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o conveniencia, que la ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo”.

con la que no podemos coincidir. Si los jueces no pueden substituir el núcleo de oportunidad de la discrecionalidad, se viene a decir, entonces el Derecho Administrativo no tiene ya interés en el mismo, que le es indiferente. Pero el Derecho Administrativo es algo más amplio y diferente que el mero control judicial de las decisiones administrativas, sin por ello desconocer la importancia que este control tiene en un Estado de Derecho²⁰.

Sin embargo, en las últimas décadas, distintas *anomalías* en la ciencia del Derecho Administrativo, cada vez más impotente para incidir en el comportamiento público, orientado ahora más por la ciencia económica o la ciencia política²¹ (y cada vez más arrinconado en favor de la reacción penal en el caso español, por ejemplo) han de hacernos reflexionar sobre la crisis de la indiferencia de la discrecionalidad para el Derecho y la necesidad de completar los paradigmas existentes, destacando el interés que el Derecho ha de tener en ese núcleo discrecional. A ello dedicamos las páginas siguientes.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO, FRENTE A LA MALA ADMINISTRACIÓN Y A LA CORRUPCIÓN

En las sociedades democráticas, la ciudadanía cada vez tolera menos la mala administración negligente, que conlleva gastos públicos ineficientes e ineficaces, y la mala administración dolosa, que supone utilizar las potestades (en la contratación, en el urbanismo, etc.) para el beneficio privado, bien sea de la autoridad pública misma que la ejerce, bien sea de un tercero. Todo ello en detrimento de derechos sociales y económicos básicos para la ciudadanía²².

Esta mala administración es paulatinamente mejor conocida, gracias a los avances en materia de transparencia (así, por ejemplo, como en otros países, téngase en cuenta toda la legislación en materia de transparencia, en España: Ley estatal 19/2013 y Leyes autonómicas de desarrollo²³) y a los esfuerzos en la

20 PONCE SOLÉ, JULI, “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, N° 11, 2014, disponible en:

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10176&path%5B%5D=10649>

21 RETJMAN FARAH, M., “Un derecho administrativo en retirada”, en ALONSO REGUEIRA, E. M. (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 2013, p. 251 y ss., consultable en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>.

22 En relación con los costes de la corrupción y el bienestar, véase, por ejemplo, LAPUENTE, GINÉ, V., “Por qué la corrupción no se castiga”, *Política Comparada*, N° 2011/02, Laboratorio de Alternativas, 2011, p. 5.

23 PONCE SOLÉ, JULI, “Transparencia, innovación, buen gobierno y buena administración”, *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 2013, disponible en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/11/25/transparencia-innovacion-buen-gobierno-y-buena-administracion/>.

medición de la corrupción, desarrollados desde la academia (en España, véase VILLORIA y JIMÉNEZ²⁴), organizaciones internacionales, como la Unión Europea²⁵ o Transparencia Internacional²⁶.

¿Cuál es el papel del Derecho Administrativo en relación con esta mala administración y esta corrupción? Si acudimos a la *ciencia normal*, basada en los paradigmas mencionados, el Derecho Administrativo tiene poco que decir al respecto. Respecto a la mala administración negligente (esto es, por ejemplo, un mal uso, por antieconómico, por ineficiente, por ineficaz, de recursos públicos referidos a infraestructuras²⁷), una injerencia jurídica supondría entrar de lleno en el núcleo de la discrecionalidad, que ya nos consta debería ser indiferente para el Derecho.

En el caso de la mala administración dolosa, esto es la corrupción, aquí el Derecho Administrativo ha tenido algo más que decir, puesto que estamos ante la persecución de una finalidad distinta a la marcada por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la potestad (una desviación de poder, en la terminología legal administrativista clásica española), que constituye, aparte de las posibles responsabilidades penales, una clara ilegalidad. En su caso, si hubiera impugnación por parte de un interesado (o, si existiere acción pública, por cualquier ciudadano) el control judicial podría detectar ésta y declarar la invalidez de la decisión (la adjudicación del contrato, la regulación urbanística, etc.).

Ahora bien, la prueba de la desviación de poder no es siempre fácil, como es sabido, y, por otro lado, la intervención judicial se producirá una vez adoptada la decisión, con una anulación que (dejando ahora de lado la posibilidad de las medidas cautelares) es probable que se adopte mucho tiempo (años en el caso español) después de la toma de la decisión.

Esta inoperancia del Derecho Administrativo ha llevado en España a la preponderancia del control judicial penal, el cual se ha referido a la misma en términos notablemente crudos, por ejemplo en la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009 (Nº 1127/2009, recurso de casación Nº 1539/2009) en relación con la corrupción urbanística objeto de atención mediática en la población de Andratx (Mallorca), señalando que:

24 VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F., “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Reis*, 138, abril-junio, 2012, p. 109 y ss, consultable en: <http://www.reis.cis.es/REIS/html/index.html>

25 Unión Europea, *Informe anticorrupción*, 2014, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm

26 Véase, <http://www.transparencia.org.es>.

27 En el caso español, puede consultarse la serie de reportajes “La España del despilfarro” del diario español *El Mundo*, por ejemplo, al respecto:

<https://www.google.com/maps/d/viewer?mid=zvuMSnhdTA0M.kgWOP2cmzePg>.

“... la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como *Última Ratio*...”.

Sin embargo, no se puede pedir al control judicial penal, siendo fundamental su existencia y buen funcionamiento, que despliegue una estrategia preventiva de la mala administración (si bien, en parte, las penas tengan esa finalidad preventiva). Ésta tarea predominantemente preventiva le corresponde al Derecho Administrativo. Pero el mismo no podrá llevar a cabo esta función si no se libera de enfoques reduccionistas que limitan su papel.

Como ha sido señalado SCHMIDT-ASSMANN²⁸:

“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 de 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).

La transparencia que permite la participación y la evaluación por los ciudadanos de la actividad pública (en tal sentido, artículo 71.4 de la Ley del Estatuto de Autonomía de Cataluña, por ejemplo) supone una arma importante para el buen uso del poder público. Si como KLITGAARD²⁹ ha señalado la corrupción depende del monopolio en el uso del poder, al que se añade la existencia de discrecionalidad, sin rendición de cuentas, entonces un Derecho Administrativo basado en nuevos paradigmas debe abandonar su *indiferencia* por el uso de la discrecionalidad e interesándose por ella promocionar la participación y la transparencia

28 SCHMIDT-ASSMANN, Teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, 2003, p. 347 y ss.

29 KLITGAARD, R., *Controlling Corruption*, University of California Press, 1988.

en favor de la orientación de la necesaria discrecionalidad (donde sea precisa), hacia un buen gobierno y una buena administración. Esto es, si

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

Entonces el logro de reducir la corrupción y avanzar hacia el buen gobierno y la buena administración debería basarse en esta otra ecuación alternativa que proponemos:

D (reduciéndola donde sea posible pero aceptando su papel)

+ B (deberes y obligaciones jurídicas de buen gobierno y buena administración)

+ T (transparencia)

+ P (participación)

En consecuencia, la transparencia y la participación son importantes para la prevención de la corrupción y el logro de un buen gobierno y una buena administración, que es el objetivo último de todo poder (así, véase la Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de abril de 2012, relacionando el acceso a archivos y registros con la buena administración). Como señala el artículo 15 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

“A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura”.

En definitiva, consideramos que la *vocación del Derecho Administrativo* del siglo XXI, usando el título de un conocido trabajo de ALEJANDRO NIETO³⁰ debe ser prevenir y controlar las ilegalidades administrativas y contribuir a orientar la actividad pública hacia la toma de las mejores decisiones posibles en su servicio al interés general. Hemos de pasar, pues, *de la mera lucha contra las inmunidades del poder a una auténtica batalla por el buen gobierno y la buena administración* en garantía de los derechos de los ciudadanos y para evitar el fracaso de los países³¹.

III. POR UN NUEVO PARADIGMA

Como hemos argumentado, los paradigmas dominantes en el Derecho Administrativo clásico han declarado la indiferencia del núcleo discrecional para éste y se han concentrado tradicionalmente en la decisión final adoptada (el acto administrativo, sobre todo) más que sobre el modo de ejercicio de la potestad discrecional administrativa (esto es, el procedimiento administrativo: existe consenso al respecto, por todos³²).

30 NIETO, A., “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, N° 76, 1975, p. 9 y ss.

31 ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J., *Why Nations Fail*, Crown Business, Nueva York, 2012; MUNGIU-PIPPIDI, A., “Good governance powers innovation”, *Nature*, 19/2, Vol. 518, 2015.

32 GARCÍA DE ENTERRÍA, “Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)”, *Revista de Administración*

Históricamente se partió del ideal de la potestad administrativa reglada y de la sentencia como modelo de referencia para el acto administrativo (MERKL, 1980, que fue traducido al castellano por primera vez en 1935³³, quien influyó notablemente en España y el resto de Europa, como destaca ISAAC³⁴). En esa línea, se intentó construir un Derecho Administrativo basado en la *certeza*, pudiendo acudir aquí de nuevo a la imagen de la física newtoniana que inspiró a la Ilustración y en definitiva al Derecho Administrativo surgido con aquella. La decisión administrativa, como la sentencia, debiera ser el resultado de la aplicación automática de la norma y la Administración, la boca que pronuncia las palabras de la ley (en la conocida expresión, referida al juez, de MONTESQUIEU).

Sin embargo, mientras los paradigmas de la física han evolucionado con las aportaciones de la mecánica cuántica, los jurídicos se han quedado anclados todavía en un mundo mecánico, hecho de certezas y mecanismos previsibles. Como es sabido, frente a la supuesta certeza científica, la física cuántica ha introducido la noción de *incertidumbre*, de la mano del conocido principio de incertidumbre de HEISENBERG. De acuerdo con éste, es imposible para un observador conocer a la vez la posición y la velocidad de una partícula subatómica, puesto que al observar se influye en lo observado³⁵.

Siguiendo con posibles metáforas, el Derecho Administrativo debería acostumbrarse a la incertidumbre (discrecionalidad) que no es algo malo e inevitable, sino una oportunidad para la buena gestión pública.

En este sentido, y realizando un paralelismo con el principio de incertidumbre mencionado³⁶, el “observador” de la conducta administrativa (esto es el ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo normas y principios generales) puede y debe influir en lo “observado”, esto es, la futura decisión administrativa que pueda producirse, no sólo limitándola mediante los elementos reglados y los principios generales del Derecho sino influyendo también sobre el núcleo discrecional para orientar el *output*. Que éste sea inmune al control judicial por tener un fundamento extrajurídico (cfr. artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción

Pública, 1978, ps. 256 y 257.

33 MERKL, A., se cita por la edición *Tratado General de Derecho Administrativo* [1935], México, Editora Nacional, 1980, p.190.

34 ISAAC, G., *La procédure administrative non contentieuse*, Librairie generales de droit et jurisprudence, París, 1968, p. 101.

35 LINDLEY, D., *Incertidumbre*, Ariel, 2010.

36 Véase al respecto el trabajo del constitucionalista estadounidense TRIBE (TRIBE, LAURENCE H., “The curvature of constitutional space: What lawyers can learn from modern physics”, *Harvard Law Review*, 1989, ps. 1-39), en un artículo en el que colaboró el ahora presidente OBAMA, entonces estudiante de Derecho, y que ha sido objeto de una polémica posterior, en nuestra opinión exagerada, por parte de TIPLER, F. J., “The Obama-Tribe’Curvature of Constitutional Space’Paper is Crackpot Physics”, 2008, disponible en: SSRN 1271310.

contenciosa española de 1998)³⁷ no quiere decir, ni mucho menos, que sea indiferente para el Derecho Administrativo: éste ha de ser *sensible*, no indiferente, a la guía en positivo de la toma de la decisión, para que ésta no sólo no sea una mala decisión (corrupta, en su caso), sino la mejor decisión posible³⁸.

En consecuencia, abogamos decididamente por un nuevo paradigma en el Derecho Administrativo del siglo XXI: el paradigma del buen gobierno y la buena administración. La buena gestión pública es, debe ser, también un tema de reflexión para la doctrina administrativista, el legislador y el control judicial, como veremos. No existe indiferencia respecto a la buena gestión pública y el Derecho Administrativo, en colaboración con otras ciencias, debe modificar su epistemología y su metodología, sin perder su rigurosidad técnico-jurídica, para contribuir a la misma, previniendo la corrupción y promoviendo las mejores políticas públicas posibles.

Esta necesidad ha sido identificada ya por parte de la doctrina, como hemos visto, y por el legislador y la jurisprudencia, que lentamente, en distintos países, avanzan en la construcción y desarrollo de dicho paradigma (así, véase OCDE³⁹, señalando como tras el *new public management* ahora es el momento de la calidad en la gestión pública).

Por su parte, diversas sentencias del Tribunal Supremo español acogen este enfoque, como la de 7 de octubre de 1999, preguntándose respecto al ejercicio de la discrecionalidad si: “*en un Estado de derecho puede admitirse la existencia ‘a priori’ de algo ‘indiferente jurídicamente’*” o la de 26 de febrero de 1990 indicando como el 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”.

Pues bien, la falsa indiferencia del Derecho ante el ejercicio de la discrecionalidad y la aspiración al buen gobierno y a la buena administración han tenido

37 “Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”. No es éste, sin embargo, el punto de vista sostenido por diversos prestigiosos autores españoles, quienes afirman la posibilidad judicial de sustituir la valoración administrativa de lo más adecuado al interés general, eliminando así la discrecionalidad en su esencia misma. Es el caso, por ejemplo, de FERNÁNDEZ FARRERES (*La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, p. 615 y ss.) y CHINCHILLA (*La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989. 151 y ss.), quienes partiendo del deber de la Administración de adoptar en el desarrollo de su discrecionalidad la solución más adecuada al interés general –aspecto en el que coincidimos con ellos, como pudo apreciarse al referirnos al ejercicio de la discrecionalidad– llegan a la conclusión, que no podemos compartir, de que es función propia de la jurisdicción contenciosa penetrar en la entraña misma de la decisión, corrigiendo el criterio utilizado por la Administración para ponderar los intereses envueltos y elegir entre las posibles alternativas.

38 LINDLEY, op. cit.

39 OCDE, 2010.

su articulación técnica en las últimas décadas en el surgimiento de principios jurídicos de buen gobierno y de un derecho de buena administración que establecen obligaciones jurídicas al Poder Ejecutivo, como vamos a comprobar enseguida. En esencia, el derecho a una buena administración, como veremos, supone la necesidad del análisis y la toma en consideración diligente y con el debido cuidado de los hechos e intereses relevantes en cada toma de decisión.

IV. DEBER DE BUEN GOBIERNO Y DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA

La idea de *buen gobierno* se refiere al modo cómo una parte del Poder Ejecutivo, el gobierno, desarrolla sus funciones, mientras la *buena administración* hace referencia al modo cómo el Poder Ejecutivo desarrolla sus tareas administrativas, siendo los conceptos de mala administración (negligente) y corrupción (mala administración dolosa) sus opuestos. En este sentido, pues, el buen gobierno y la buena administración son nociones distintas de la buena gobernanza, más restringidas y concretas, pues no incluyen a actores privados y se distinguen por la específica función a la que se refieren, aunque en ocasiones, sobre todo buena gobernanza y buen gobierno, se utilicen de forma indistinta, dependiendo del contexto y del idioma (en este sentido, identificando *good governance* y *good government*, por ejemplo, ADDINK⁴⁰).

En la Constitución Española, por ejemplo, existen tanto principios de buen gobierno como principios de buena administración.

a) Respecto a los primeros cabe tener en cuenta el principio de interdicción de la arbitrariedad, artículo 9.3 CE, que exige racionalidad y justificación en las decisiones, el principio de no discriminación, artículo 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 artículo 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 del gasto público (artículo 31.2 CE).

Por otro lado, diversas Leyes de buen gobierno, comenzando por la estatal 19/2013 y siguiendo por las autonómicas, y otras regulaciones (por ejemplo, Ley estatal 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y equivalentes autonómicas) establecen ahora concretos deberes jurídicos de buen gobierno.

En definitiva, de todas estas leyes españolas cabe concluir que los Gobiernos (estatal, autonómicos y locales) en España al desarrollar su función de gobierno tienen, pues, obligaciones jurídicas de no vulnerar principios constitucionales, de

40 ADDINK, G. H., "Three legal dimensions of good governance. Some recent developments", en CASTRO, A., (ed.), *Buen gobierno y derechos humanos*, PUCP, Lima, 2014, p. 23 y ss.

cumplir los deberes en positivo que se derivan (racionalidad, justificación, igualdad [material], persecución del interés general, generación de alternativas, selección de la menos restrictiva para los derechos de los ciudadanos, balance costes-beneficios, eficiencia, economía, equidad), de no vulnerar los principios legales, de persecución del interés general con objetividad (permite controlar con ida de desviación de poder así como con el subprincipio de adecuación del principio de proporcionalidad, etc.), de cumplir los deberes en positivo que se derivan (ej. actuación diligente, prevista en la jurisprudencia y en Ley estatal 19/2013 y legislación autonómica), de respetar los elementos reglados y los derechos fundamentales (como explicita el artículo 2 de la Ley española de la jurisdicción contenciosa de 1998).

Existe la posibilidad de diseños institucionales y procedimentales para garantizar el buen gobierno, como luego analizaremos, puesto que éste, como vimos, no le es indiferente al Derecho. Los miembros del gobierno deben servir al interés general (Ley española 19/2013, por ejemplo) con objetividad (como señala ahora la Ley española 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en su preámbulo y en sus artículos 3 o 11, referido a los conflictos de intereses y a la abstención).

b) En cuanto a los principios de buena administración, éstos no son desconocidos en el ámbito del denominado *Derecho Administrativo Global*, en vinculación con el debido procedimiento⁴¹, como tampoco lo son en el ámbito estadounidense, en el que si bien no es común en esa tradición jurídica referirse a dicho derecho, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial de *hard look*, también conocida como el estándar del “procedimiento razonado” (*reasoned decision making*) es ampliamente empleada 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” (LEVIN y GELLHORN⁴², que es exactamente lo que ha ocurrido en el ámbito español y en otros países⁴³).

41 Téngase en cuenta a la Organización Mundial del Comercio y su *Apellate body*, que resolvió el caso de los *Schrimp products* (camarones), en 1998, en el que el órgano de apelaciones señaló que los EE. UU. 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. Puede consultarse en español esta decisión en: http://www.wto.int/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm.

42 LEVIN, R. M., y GELLHORN, E., *Administrative law and process in a nutshell*, 5ª ed., 2007, p. 103.

43 PONCE SOLÉ, JULI, “Procedimiento administrativo, globalización y buena Administración”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Suplemento 2008-IV, Abeledo Perrot, dic. 2008, p. 2-51; PONCE SOLÉ, JULI (coord.), *Derecho Administrativo Global*, Marcial Pons, 2010, primeras páginas en: <http://www.marcialpons.es/libros/derecho-administrativo-global/9788497688031/>

Asimismo, un *derecho subjetivo* a una buena administración puede hallarse en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁴, en diversa legislación española (como en recientes Estatutos de Autonomía españoles, por ejemplo el catalán de 2006, artículo 30, y en la legislación estatal, Ley 19/2013, y autonómica de transparencia y buen gobierno, así, Ley catalana 19/2014 o Ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, por citar sólo dos de las más

44 “Derecho a una buena administración

1. 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.

2. Este derecho incluye en particular:

a. el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente

b. 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;

c. la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. 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.

4. 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”.

recientes), así como en otras Constituciones (artículo 97 de la italiana, refiriéndose al *buon andamento*⁴⁵) y leyes de diversos países europeos⁴⁶.

Ese derecho a una buena administración es defendido en la jurisprudencia del TEDH (que se refiere a la “buena gobernanza”⁴⁷), del TJUE (que ya cuenta con más de 300 sentencias mencionando la buena administración en el momento de escribir estas líneas⁴⁸), del Tribunal Supremo español (por ejemplo, STS de 30

45 Dos ejemplos de la abundante jurisprudencia del tribunal constitucional italiano sobre este precepto:

-*Sentenza* N° 172, 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, 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”.

46 Téngase en cuenta el 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>, el mismo establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea, concluyendo que “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” (p. 78).

47 Así, de las decisiones *Cazja* contra Polonia, de 2 de octubre de 2012, *Rysovsky* contra Ucrania, de 20 de octubre de 2011, u *Öneryildiz* contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, se deduce que aunque el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas (como por ejemplo, las urbanísticas) y en las medidas que resulten, ello no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar conforme al principio de buena gobernanza, que impone una actividad pública con unas determinadas características recogidas en las sentencias que implican, entre otras cuestiones, una debida diligencia.

48 MANCILLA, F. *La recepció a Catalunya del Dret a una bona administració*, IEA, 2014, consultable en: http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA_89.pdf

de enero de 2012, refiriéndose a la motivación y la buena administración)⁴⁹, y de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC. AA.⁵⁰

La relevancia del derecho a una buena administración no ha pasado inadvertida tampoco para la doctrina, legislación y jurisprudencia iberoamericana. Así, la doctrina ha llamado la atención sobre su importancia, (por ejemplo, MOSCARIELLO⁵¹, a quien como conocedor de la realidad argentina debo remitirme) y el CLAD ha impulsado como *soft law* el Código Iberoamericano de Buen Gobierno de 2006 y la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes de los ciudadanos ante la Administración Pública de 2013, la cual contiene numerosas referencias a la buena administración⁵². En el ámbito legislativo, la República Dominicana, por ejemplo, ha incluido la referencia al derecho a la buena administración en la Ley 107-3. Finalmente, la jurisprudencia iberoamericana ha hecho también referencias al concepto, bien de forma implícita, como en el caso costarricense⁵³, bien de forma explícita, como en el caso

49 “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”.

50 PONCE SOLÉ, JULI (COORD.), *Derecho Administrativo Global*, Marcial Pons, 2010, primeras páginas en: <http://www.marcialpons.es/libros/derecho-administrativo-global/9788497688031/>. Un recopilatorio detallado de toda esta jurisprudencia puede hallarse en el artículo “El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas - Wellington Migliari y Juli Ponce Solé” publicado en el *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 22 de octubre de 2015, consultable en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/#more-2232>.

51 MOSCARIELLO, “Buena Administración y buen gobierno en el derecho argentino. El rol del abogado del Estado”, *Ars Iuris* Nº 48 *Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia. Universidad Panamericana de México*, disponible en:

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/48/eju/eju3.pdf>; MOSCARIELLO, “El principio de la buena Administración”, *El Derecho Serie Especial Administrativo*, 2013, disponible en: <http://www.todaviasomos pocos.com/aportes/el-principio-de-la-buena-administracion/>.

52 Ambos documentos consultables en: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones>.

53 La Constitución de Costa Rica si bien no utiliza las palabras buena ADMINISTRACIÓN, incluye en sus artículos 139.4 y 140.8 referencias a “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 la Corte Constitucional dominicana⁵⁴ y peruana⁵⁵ o en el caso del Consejo

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).

54 Sentencia TC/0032/14: “... lo que se ha configurado como un derecho fundamental nuevo entre nosotros, denominado ‘derecho al buen gobierno o a la buena administración’. Como tal, el reconocimiento normativo del derecho fundamental a la buena administración ha partido de la Recomendación n° R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, así como de la jurisprudencia tanto comunitaria como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia en el ámbito europeo ha ido paulatinamente configurando el contenido de este derecho fundamental a la buena administración “atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea. Este derecho se encuentra implícitamente en el texto de nuestra Constitución, específicamente en los artículos 138, 139, y 146, los cuales se han concretizado legalmente en la referida ley orgánica, plasmando de forma más concreta en nuestro ordenamiento este principio constitucional.

11.9. Los mandatos precedentemente resumidos configuran el denominado ‘derecho a la buena administración’, designación que hace taxativamente la Ley núm. 107-13, cuya vigencia ha sido postergada hasta el dos mil quince (2015), pero que debe considerarse, en relación con el asunto de que se trata, como un derecho actualmente dimanante de las obligaciones puestas a cargo de la Administración Pública por la Constitución de la República y otras normas”.

55 En la sentencia recaída en el Expediente 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”.

Téngase en cuenta también la sentencia de 3 de mayo de 2012, EXP. N° 00017-2011-PI/TC: “La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el ‘correcto funcionamiento de la administración pública’. A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (v. gr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal ‘De la Función Pública”.

“15. Al respecto, este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que ‘...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...’, subyace el principio de ‘buena administración’ (Cfr. Exps. Ns° 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC)”.

“Este Tribunal, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39° de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de ‘buena administración’, a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico los principios

de Estado colombiano⁵⁶.

constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores). En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir actos que atenten contra los principios constitucionales que informan la contratación pública”.

56 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, consejero ponente ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, 10 de noviembre de 2005: “Por lo mismo, se debe reconocer que los procedimientos administrativos han resultado no sólo enriquecidos por el artículo 29 constitucional, sino también por el 209, el cual estableció, en el inciso primero, que: ‘La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones’.

Este listado de principios coincide, en buena parte, con el que, de antes, traía el artículo 3 del CCA, aunque el mismo fue adicionado con dos principios más: el de igualdad y el de moralidad, los cuales han agregado importantes significados a la forma como se adelantan las actuaciones administrativas.

Este dato, unido a la expresa consagración constitucional del debido proceso, en asuntos administrativos, da cuenta de la progresión continua de este derecho, en este campo, el cual siempre requirió y demandó espacios más propicios para desarrollar la protección de los particulares, porque resultaba injustificable que, en materia judicial se garantizara el derecho de defensa, y todo lo que implica el debido proceso, mientras que, en materia administrativa esta valiosa garantía no constituyera un derecho del interesado, o, al menos, no con la claridad deseada.

No obstante, es claro que el debido proceso a que está sujeta la administración pública debe coexistir con la necesidad y la obligación que tiene ésta de asegurar la eficiencia, la economía, la celeridad y la eficacia en el cumplimiento de las tareas a su cargo para la satisfacción del interés general, lo que obliga a hacer una ponderación adecuada entre todos ellos a fin de lograr un perfecto y balanceado procedimiento debido.

El tema es complejo, y ha marcado, en la historia de la evolución del derecho al debido proceso, una serie de épocas, que van desde la ausencia total de protección, la protección más o menos acentuada para casos determinados, y la protección plena, en todos los eventos.

En palabras de JULI PONCE SOLÉ, quien aborda históricamente el tratamiento recibido por el debido proceso en materia administrativa, en un planteamiento que resulta aplicable en Colombia, ‘... es posible distinguir tres etapas, a través de las que el procedimiento pasa de ser un puro elemento interno del actuar administrativo (a) a constituir un elemento del acto administrativo definitivo con finalidades prácticamente exclusivas de defensa de los interesados, lo que curiosamente ha conducido a una relativización acusada de papel del procedimiento administrativo, en teoría fácilmente sustituible en sede contencioso-administrativa (b).

‘Finalmente como desarrollo más reciente, surge la inquietud por el procedimiento como instrumento para el logro de decisiones administrativas acertadas, aspecto que, si bien ya puede hallarse plasmado en diversas formulaciones, especialmente por parte de autores foráneos, todavía no ha sido interiorizado plenamente...’

Lo anterior explica por qué, pese a que nuestro CCA reguló de modo general, los procedimientos administrativos, la administración –en algunas épocas y en determinados casos– impuso sanciones de plano, es decir, sin fórmula de juicio, y, en todo caso, se limitó a la observancia de aquellos derechos contemplados expresamente en el CCA, olvidando otros que, si bien no explicita dicho código, integran, sin duda, la aludida garantía”.

V. LA PAULATINA CONCRECIÓN DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y SU IMPACTO PRESENTE Y FUTURO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

Como hemos visto, el interés por el buen gobierno y la buena administración ha pasado de la jurisprudencia, donde nace originariamente, a las normas, como constatamos en el ejemplo del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o de algún país iberoamericano y donde esta tendencia es posible que se afiance en años venideros.

Consideramos que tras una primera fase ya superada, donde las apelaciones a la buena administración han sido muy genéricas (por todos, téngase en cuenta los meritorios trabajos de RODRÍGUEZ ARANA, por ejemplo⁵⁷) estamos, desde hace tiempo, en una nueva fase mucho más pragmática y concreta, en la que la doctrina, el legislador y la jurisprudencia están interactuando y contribuyendo a articular técnicas concretas para hacer realidad la buena administración y controlar la mala administración. Por tanto, es imprescindible ya conocer y citar esa jurisprudencia y las concretas técnicas legales utilizadas y no quedarse con meras aproximaciones retóricas.

En este sentido, el derecho a una buena administración no es algo ligado a una moral o ética etérea que esté más allá del Derecho: forma parte de éste, que quiere una gestión de calidad y abre la posibilidad de reacción jurídica contra la mala administración (culposa o dolosa, es decir, la corrupción).

Por otro lado, el derecho a una buena administración no es sólo un *paraguas* que se limita a englobar un conjunto de principios y derechos relativos al procedimiento administrativo debido o justo.

La idea de una buena administración incorpora, por sí misma, la necesidad de que al ejercerse poder público (por el gobierno o la Administración) dicho ejercicio se vehicule mediante un procedimiento de toma de decisión que permita garantizar *el análisis y la toma en consideración diligente y con el debido cuidado* de los hechos, derechos e intereses relevantes y la no consideración de los irrelevantes, como ya reconoce la jurisprudencia aludida, que en el ámbito de la Unión Europea, por ejemplo, se refiere a un deber específico de *due diligence* o *due care*⁵⁸.

De esta concreta obligación jurídica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extraído específicas consecuencias en el ámbito de los contactos

57 RODRÍGUEZ ARANA, J., *Derechos fundamentales sociales*, Global Law Press, INAP, 2015. 582 y ss.

58 Véase la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de abril de 2015, T-217/11, Sala cuarta, Claire Staelen c. Ombudsman de la Unión Europea, ponente KREUSCHITZ, con una interesante descripción de la obligación jurídica de diligencia debida que implica este derecho.

informales durante la toma de una decisión por parte de las autoridades, aun a falta de una regulación al respecto, exigiendo a la Comisión Europea que haga constar dichos contactos en el expediente, como derivación del derecho a una buena administración⁵⁹.

En este sentido, la aproximación del Derecho comparado, especialmente en el ámbito iberoamericano, puede tener especial interés para constatar las respectivas evoluciones y lagunas e irnos enriqueciendo mutuamente en un proceso dinámico de conocimiento para mejorar nuestras propios ordenamientos jurídicos, especialmente en el marco del ya mencionado *Derecho Administrativo Global* (sobre el papel del Derecho comparado como elemento útil para aumentar el conocimiento sobre nuestros propios sistemas jurídicos, por ejemplo, FOSTER⁶⁰).

Creemos que en el futuro el concepto técnico y concreto de buena administración va a tener un impacto paulatino sobre diferentes parcelas del Derecho Administrativo del siglo XXI como, por ejemplo, en el campo del desarrollo de la actividad material o técnica, respecto al papel del Derecho en relación con la informalidad, en la relevancia de la motivación y del procedimiento debido, en la importancia de los actos trámite y de su impugnación independiente, la (no) presunción de acierto de las decisiones administrativas, la adopción de medidas cautelares judiciales, la revalorización de los vicios “formales” relativos al defectuoso procedimiento seguido, la necesaria ponderación diligente del *soft law* que pueda existir al tomar decisiones administrativas, así como de las denuncias presentadas por los ciudadanos para que las administraciones ejerzan su potestad sancionadora o los estándares jurídicos que deban fijarse para apreciar la responsabilidad patrimonial administrativa (PONCE⁶¹, y más en general, HERNÁNDEZ⁶²).

En el caso español, por ejemplo, ya son numerosas las leyes estatales y autonómicas que se refieren en los últimos años al buen gobierno y a la buena administración en conexión con la transparencia y la calidad de la actividad administrativa, como dijimos. Aunque cada norma, en España y en otros países,

59 Así, el Tribunal de Justicia de la UE ha dicho en su Sentencia de 12 de junio de 2014 (en un caso de defensa de la competencia en el que estaban involucrados los gigantes Intel y Dell) que del derecho a una buena administración se deriva directamente una obligación jurídica exigible a las autoridades de hacer públicos los contactos con privados y los documentos proporcionados por éstos, incluyendo en el expediente los mismos y comunicándolos a todas las partes afectadas.

60 FOSTER, N. “The Journal of Comparative Law: A New Scholarly Resource”, *JCL* 1, 2006, disponible en: <http://thejcl.com/pdfs/foster.pdf>

61 PONCE SOLÉ, JULI, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

62 HERNÁNDEZ, J. I., “El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho de la América española”, *AFDUC* 16, 2012, p. 197 y ss, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4158442>.

puede variar notablemente, del conjunto se pueden identificar ya algunas técnicas jurídicas comunes de garantía del buen gobierno y la buena administración.

No es este el momento ni lugar de analizar estas técnicas, debido a la falta de espacio para hacerlo (tales como la precisión del concepto jurídico indeterminado de buena administración, con posible inspiración en los avances del Derecho privado respecto al buen gobierno corporativo, las Cartas de Servicio, o *Citizen's Charters*, los códigos de conducta o éticos y la denominada por la OCDE *infraestructura ética* de un país, la regulación de los conflictos de interés [abstención, recusación, incompatibilidades, *revolving doors* o *pantouflage*], el procedimiento administrativo debido y la motivación adecuada incluyendo criterios no jurídicos empleados en la toma de la decisión, la regulación del papel de los *lobbies* o grupos de presión y el establecimiento de una *legislative footprint*, la figura del *Whistleblowing*, la responsabilidad patrimonial y la mala administración, la muy relevante cuestión de la mejora regulatoria [*better* o *smart regulation*, en terminología internacionalmente aceptada, tan importante en la economía de una nación⁶³ y, por ejemplo, en el marco de los países miembros, o que aspiran a serlo, de la OCDE], etc. Un análisis más completo de éstas y otras técnicas jurídicas puede hallarse en PONCE⁶⁴).

Sí nos parece preciso señalar ahora que si bien la aplicación de la normativa ya existente y la dotación de los precisos recursos para la prevención y represión

63 El impacto de las malas regulaciones sobre la economía ha sido calculado en torno al 5% del PIB de un país. La baja calidad regulatoria provoca impactos negativos en el desempleo, que han sido estudiados, e impactos negativos en la sostenibilidad ambiental y social relevantes. En relación con los *Regulatory Impact Assessments* (evaluaciones de impacto normativo, sean *ex ante* o *ex post*) la medición de cargas normativas mediante el *standard cost model* y la caja de herramientas jurídicas que se deriva en este ámbito (*sunset clauses*, estudios coste-beneficio o similares, consultas públicas, etc.), puede verse para el ámbito europeo y español, PONCE SOLÉ, 2009. En el ámbito iberoamericano, es interesante el siguiente informe que analiza diferentes países realizado por COFEMER, la Comisión Federal de Mejora Regulatoria Mexicana, encargada en aquel país de velar por la mejora regulatoria: *Reforma Regulatoria en América Latina*, consultable en:

http://www.cofemer.gob.mx/images/cofemer/ReformaRegulatoria_AL.pdf

Recientemente, las Leyes españolas 39 y 40 de 2015 han introducido importantes referencias a la calidad normativa, reunificando la elaboración de reglamentos y la iniciativa legislativa. La primera ley, de procedimiento administrativo común, incluye en sus artículos 129 y ss. una serie de referencias a principios de buena regulación, evaluación *ex post*, obligatoriedad de un Plan Normativo anual y participación ciudadana. La segunda Ley, de régimen jurídico del sector público, modifica la Ley de gobierno estatal en su disposición adicional tercera punto 12, incluyendo artículos específicos referidos a las cuestiones anteriores, una nueva regulación de la entrada en vigor de las normas y una referencia a un informe anual de cumplimiento del plan anual normativo del año anterior, así como la creación de un órgano en el departamento de presidencia encargado de velar por la calidad normativa. Ambas normas entran en vigor respecto a estas previsiones en octubre de 2016.

64 PONCE SOLÉ, JULI, *Negociación de normas y Lobbies*, Thomson Reuter Aranzadi, 2015,

penal de la mala administración y la corrupción son imprescindibles, lo cierto es que, en nuestra opinión, ello no basta para lograr el buen gobierno y la buena administración, porque diversas lagunas jurídicas o malas regulaciones impiden éstas. Por tanto, colmar las lagunas aún existentes y mejorar la regulación incentivadora del buen gobierno y la buena administración, con adecuación a las necesidades de cada país, nos parece también fundamental.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES RESPECTO A UNA AGENDA INVESTIGADORA PRAGMÁTICA FUTURA

En el futuro, las líneas de trabajo para la prevención de la corrupción y la potenciación del buen gobierno y la buena administración deberían pasar, en nuestra opinión, por desarrollar mejor diseños institucionales y procedimentales, como los apenas apuntados antes, y por seguir el trabajo investigador en esta materia, basado en las aportaciones novedosas que una visión transnacional e interdisciplinaria puede generar.

En este sentido, las mejoras jurídicas (en la normativa, en el control judicial) deberán basarse en las aportaciones que desde la economía, la ciencia política, la psicología y otras ciencias puedan generarse, así como en las experiencias ya ensayadas en otros países de nuestro entorno.

Así, parece imparabile el perfeccionamiento en la medición, no sólo de la corrupción, sino del buen gobierno y la buena administración, con la generación de indicadores específicos⁶⁵. Por otro lado, la neurociencia y la psicología, así como la economía conductual, están ofreciendo análisis interesantes sobre los sesgos y heurísticos y las reacciones cerebrales en ciertas situaciones⁶⁶, lo que ya ha dado lugar a una técnica de intervención pública conocida como *nudging*, basada en la persuasión fundada en tales conocimientos⁶⁷, y están en marcha

primeras páginas en: <http://www.tienda.aranzadi.es/productos/ebooks/negociacion-de-normas-y-lobbies-duo/7810/4294967101>; PONCE SOLÉ, JULI, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, en *Anuario del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, 2013, disponible en: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1432/03_PONCE_p93_140_Anuario_2012.pdf?sequence=1; y PONCE SOLÉ, JULI, “La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 173, 2016 (en prensa).

65 En relación con la calidad regulatoria, si bien con un evidente sesgo hacia la menor intervención pública posible, véase los del Banco Mundial en:

<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>

66 KAHNEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, 2012.

67 PONCE SOLÉ, JULI, “Nudging, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales”, comunicación presentada al IX congreso de la Asociación Española de Profesores de Derechos Administrativo,

indagaciones sobre cómo tal persuasión sobre el cerebro humano puede ejercerse manipulando el ambiente físico que nos rodea (lo que se denomina *Ambient Accountability*, véase ZINNBAUER⁶⁸).

Sin duda, un Derecho moderno y abierto a nuevos paradigmas podrá enriquecerse, sin perder su personalidad y su función, de todas estas aportaciones para el diseño de incentivos y desincentivos que prevengan la mala administración y la corrupción y promuevan el buen gobierno y la buena administración.

Porque, si bien está firmemente establecido el paradigma de que la discrecionalidad no puede ser arbitrariedad (en el caso español, FERNÁNDEZ⁶⁹: “discrecionalidad no es arbitrariedad”, por todas, STS 29 de mayo de 2006, recurso 137/2005: “discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos antagónicos”), queda por dar un paso más.

El mismo consiste en asentar la idea, y extraer las oportunas consecuencias prácticas de ella, de que la discrecionalidad debe dar lugar a una buena administración de calidad. Como ya se ha hecho, por cierto, en algunos países desde hace años⁷⁰ y empieza a efectuar la más moderna jurisprudencia española⁷¹.

Una ilusionante agenda de investigación y de mejora práctica de nuestros sistemas jurídicos, con el fin de aumentar la calidad del comportamiento público, por tanto, se despliega ante nuestros ojos, de la mano del concepto jurídico de buena administración. Confíemos en que como juristas estaremos a la altura del reto que nuestro siglo nos trae.

celebrado los días 7 y 8 de febrero de 2014 y publicada ahora en las Actas del mencionado congreso:

http://regplus.blogspot.com/2011_05_01_archive.html

68 ZINNBAUER, D., “‘Ambient Accountability’-Fighting Corruption When and Where it Happens”, 2012, disponible en: SSRN 2168063.

69 FERNÁNDEZ, T. R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, 1991, p. 105.

70 Sobre los casos de Francia y Estados Unidos, donde hace décadas que el Tribunal Supremo ha establecido un estándar de control que considera arbitrario no únicamente lo irracional o no motivado, sino también lo que adolece de falta de diligente adquisición de hechos e intereses relevantes o de su toma en consideración cuidadosa, AUBY, J-B y PERROUD, T. (eds.), *Regulatory Impact Assessment*, INAP, GLP, 2013, ps. 22 a 29.

71 En relación con la paulatina evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que, aunque tímida y aún alejada de los ejemplos proporcionados, está ya dirigiéndose hacia un más exigente estándar de control, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, *InDret*, 2015, disponible en: http://www.indret.com/pdf/1106_es.pdf.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J., *Why Nations Fail, Crown Business*, Nueva York, 2012.
- ADDINK, G. H., “Three legal dimensions of good governance. Some recent developments”, en CASTRO, A. (ed.), *Buen gobierno y derechos humanos*, PUCP, Lima, 2014, p. 23 y ss.
- AGUADO RENEDO, C., *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Civitas, Madrid, 2001.
- AUBY, J-B y PERROUD, T. (eds.), *Regulatory Impact Assesment*, INAP, GLP, 2013.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas [1764]*, citado por la edición de Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- BONINA, N. y DIANA, N., *La deconstrucción del Derecho administrativo*, Editorial Nova, México, 2012.
- BULLINGER, M., “La discrecionalidad de la Administración. Evolución y funciones, control judicial”, *La Ley*, Año VIII, N° 1831, 30 de octubre de 1987.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., *Derecho Administrativo y prevención de la corrupción urbanística*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, 2015.
- CASSESE, S., “Il diritto a la buona amministrazione”, *European Review of Public Law*, Vol. 21, N° 3, otoño, 2009, p. 1037 y ss.
- CERRILLO, A., “La gobernanza hoy: introducción”, en CERRILLO, A (coord.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, 2005, disponible en: <http://eva.universidad.edu.uy/pluginfile.php/283571/course/section/30002/lectural1G.pdf>
- CHINCHILLA, C., *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 1989.
- DE ASÍS ROIG, R., *Deberes y Obligaciones en la Constitución*, CEC, Madrid, 1991.
- DE CARRERAS, F., “Enterría y la Constitución”, artículo publicado en el periódico *La Vanguardia* el día 25 de septiembre de 2013 y luego recogido en Consejo Editorial Civitas, *Eduardo García de Enterría. Semblanzas de su vida y de su obra*, Thomson Reuters, 2014.
- DOMÈNECH PASCUAL, G., “Roma delatoribus Praemiat. La denuncia en el Derecho Público”, en DÍAZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.), *La función inspectora*, Madrid, INAP, 2013, p. 171 y ss.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas, 2011.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983.
- FERNÁNDEZ, T. R., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, 1991.

- FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, “Sobre el control jurisdiccional de los decretos de indulto”, *Revista de Administración Pública*, N° 194, mayo-agosto, 2014, p. 209 y ss.
- FOSTER, N. “The Journal of Comparative Law: A New Scholarly Resource”, *JCL* 1, 2006, disponible en: <http://thejcl.com/pdfs/foster.pdf>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano (a propósito de una nueva exposición sistemática del mismo)”, *Revista de Administración Pública*, 1978.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1974.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, 38, 1962, pp. 159 y ss: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=38&IDA=22227>, (25/05/2015).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Thompson Reuters, Aranzadi, 4a ed. Reimpresión, Madrid, 2011.
- GARCÍA-MORENO, B., “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas”, en NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. (dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 43 y ss.
- HAURIOU, M., *Précis de Droit Administratif*, 2ª ed., 1893.
- HAURIOU, M. (1929), prólogo al trabajo de R. F. DE VELASCO, “El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del Derecho Español)”, *Revista de Derecho Privado*, 1ª ed., Madrid, 1929.
- HERNÁNDEZ, J. I., “El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho de la América española”, *AFDUC* 16, 2012, p. 197 y ss, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4158442>
- ISAAC, G., *La procédure administrative non contentieuse*, Librairie generales de droit et jurisprudence, París, 1968.
- KAHNEMAN, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, 2012.
- KLITGAARD, R., *Controlling Corruption*. University of California Press, 1988.
- KUHN, T., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1981

- LAPUENTE GINÉ, V., “Por qué la corrupción no se castiga”, *Política Comparada*, N° 2011/02, Laboratorio de Alternativas, 2011, p. 5
- LEVIN, R. M., y GELLHORN, E., *Administrative law and process in a nutshell*, 5ª ed. 2007.
- LEY, J. S., “Ethics Management in Government: Experience in American Government”, *Performance Matters*, Vol. 2, Issue 1, octubre 21, 2010, consultable en: <http://www.performance.gov.in/sites/all/document/files/ethics/international-exp-ethics.pdf>.
- LINDLEY, D., *Incertidumbre*, Ariel, 2010.
- MANCILLA, F. La recepció a Catalunya del Dret a una bona administració, IEA, 2014, consultable en: http://www.gencat.cat/governacio/pub/sum/iea/IEA_89.pdf
- MADISON, J., HAMILTON, A y JAY, J., *El Federalista*. Recull de textos escrits a favor de la nova Constitució, segona l’ha acordada la Convenció Federal de 17 de setembre de 1787 [1788], IEA, 2009L: http://www.gencat.cat/drep/iea/pdfs/CF_Federalista.pdf
- MERKL, A., se cita por la edición *Tratado General de Derecho Administrativo [1935]*, México, Editora Nacional, 1980.
- MIGLIARI, W y PONCE, J., “El derecho a una buena administración y su protección judicial. La contribución del derecho y de los juristas al buen funcionamiento de las instituciones públicas” publicado en el Blog de la Revista Catalana de Dret Públic, 22 de octubre de 2015, consultable en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2015/10/22/el-derecho-a-una-buena-administracion-y-su-proteccion-judicial-la-contribucion-del-derecho-y-de-los-juristas-al-buen-funcionamiento-de-las-instituciones-publicas-wellington-migliari-y-juli-ponce-s/#more-2232>
- MONTESQUIEU, (1747), *El espíritu de las leyes*, citado por el texto de 1906, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>
- MOSCARIELLO, A.R., “El principio de la buena Administración”, *El Derecho Serie Especial Administrativo*, 2013, disponible en: <http://www.todaviasomosocos.com/aportes/el-principio-de-la-buena-administracion/>
- MOSCARIELLO, A.R., “Buena Administración y buen gobierno en el derecho argentino. El rol del abogado del Estado”, *Ars Iuris* N° 48, *Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, Universidad Panamericana de México, 2012, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/48/eju/eju3.pdf>
- MUNGIU-PIPPIDI, A., “Good governance powers innovation”, *Nature*, 19/2, Vol. 518, 2015.

- MUÑOZ MACHADO, S., “Libros esenciales para entender el Derecho administrativo y el Derecho público general”, InDret, 1/2009.
- NIETO, A., “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, Revista de Administración Pública, N° 76, 1975, p. 9 y ss.
- NIETO MARTÍN, A., “De la ética pública al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las Administraciones públicas”, en NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M (dirs.), Public Compliance. Prevención de la corrupción en las administraciones públicas y partidos políticos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 17 y ss.
- OBHOLZER, L., “A call to members of the European Parliament. Take transparency seriously and enact the “legislative footprint”, CEPS Policy Brief, N° 256, 2011.
- OCDE, L'Ètica en el servei públic. Pràctica i temes actuals, EAPC-Diputació Barcelona, 1998, p. 23 y ss.
- OCDE, Transparency and Integrity in Lobbying, 2013.
- PONCE SOLÉ, J., “La lucha por el buen gobierno y la buena administración como vocación del Derecho administrativo del Siglo XXI. La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 173, 2016 (en prensa).
- PONCE SOLÉ, J., Negociación de normas y Lobbies, Thomson Reuter Aranzadi, 2015, primeras páginas en:
- <http://www.tienda.aranzadi.es/productos/ebooks/negociacion-de-normas-y-lobbies-duo/7810/4294967101>
- PONCE SOLÉ, J., “Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero”, Gestión y Análisis de Políticas Públicas, N° 11, 2014, disponible en:
- <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10176&path%5B%5D=10649>
- PONCE SOLÉ, J., “Nudging, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales”, comunicación presentada al IX congreso de la Asociación Española de Profesores de Derechos Administrativo, celebrado los días 7 y 8 de febrero de 2014 y publicada ahora en las Actas del mencionado congreso: http://regplus.blogspot.com/2011_05_01_archive.html
- PONCE SOLÉ, J., “La defensa de los derechos de los ciudadanos y de la buena administración en el ejercicio privado de funciones públicas: el papel del ombudsman en el marco de una sociedad decente”, en La prestación privada de servicios de interés general y buenas prácticas corporativas, Síndic de Greuges, 2014, pp. 39 y ss, disponible en: <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3606/>

- La%20prestacion%20privada%20de%20servicios%20de%20interes%20general%20def.pdf
- PONCE SOLÉ, J., “Transparencia, innovación, buen gobierno y buena administración”, Blog de la Revista Catalana de Dret Públic, 2013, disponible en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/11/25/transparencia-innovacion-buen-gobierno-y-buena-administracion/>
 - PONCE SOLÉ, J., “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)”, en Anuario del Gobierno Local, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, 2013, disponible en: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1432/03_PONCE_p93_140_Anuario_2012.pdf?sequence=1
 - PONCE SOLÉ, J. (coord.), Derecho Administrativo Global, Marcial Pons, 2010, primeras páginas en: <http://www.marcialpons.es/libros/derecho-administrativo-global/9788497688031/>
 - PONCE SOLÉ, J., “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, Revista de administración pública, N° 180, 2009, ps. 201-243, disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=683&IDA=27608>
 - PONCE SOLÉ, J., “Procedimiento administrativo, globalización y buena Administración”, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Suplemento 2008-IV, Abeledo Perrot, dic. 2008, p. 2-51.
 - PONCE SOLÉ, J., Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido, Lex Nova, Valladolid, 2001.
 - POSADA HERRERA, J., Lecciones de Administración, Vol. I, INAP, 1978.
 - PUFENDORF, S., Le Droit de la Nature et des Gens, Amsterdam, 1734, disponible en: <https://archive.org/details/ledroitdelanatur01pufe>
 - RETJMAN FARAH, M., “Un derecho administrativo en retirada”, en ALONSO REGUEIRA, E. M. (dir.), Estudios de Derecho Público, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, p. 251 y ss., consultable en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>
 - ROTHSTEIN, B. y TEORELL, J., “What Is Quality of Government? A Theory of Impartial Government Institutions”, Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions, Vol. 21, N° 2, abril de 2008, ps. 165-190.

- RAGUÉS I VALLÈS, R., “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal”, *InDret*, 364, julio, 2006.
- RODRÍGUEZ ARANA, J., *Derechos fundamentales sociales*, Global Law Press, INAP, 2015.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, *InDret*, 2015, http://www.indret.com/pdf/1106_es.pdf
- SCHMIDT-ASSMANN, *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003.
- Transparency International, *Legislative Footprint*, 2013.
- Transparency International, *Una evaluación del Lobby en España: Análisis y Propuestas*, 2014.
- Transparency International, *Lobbying in Europe*, 2015.
- TIPLER, F. J., “The Obama-Tribe’Curvature of Constitutional Space’Paper is Crackpot Physics”, 2008, disponible en: SSRN 1271310.
- TRIBE, LAURENCE H., “The curvature of constitutional space: What lawyers can learn from modern physics”, *Harvard Law Review*, 1989, ps. 1-39.
- Unión Europea, *Informe anticorrupción*, 2014, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm
- VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F., “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Reis*, 138, abril-junio, 2012, p. 109 y ss, consultable en: <http://www.reis.cis.es/REIS/html/index.html>
- ZINNBAUER, D., “‘Ambient Accountability’-Fighting Corruption When and Where it Happens”, 2012, disponible en: SSRN 2168063.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina