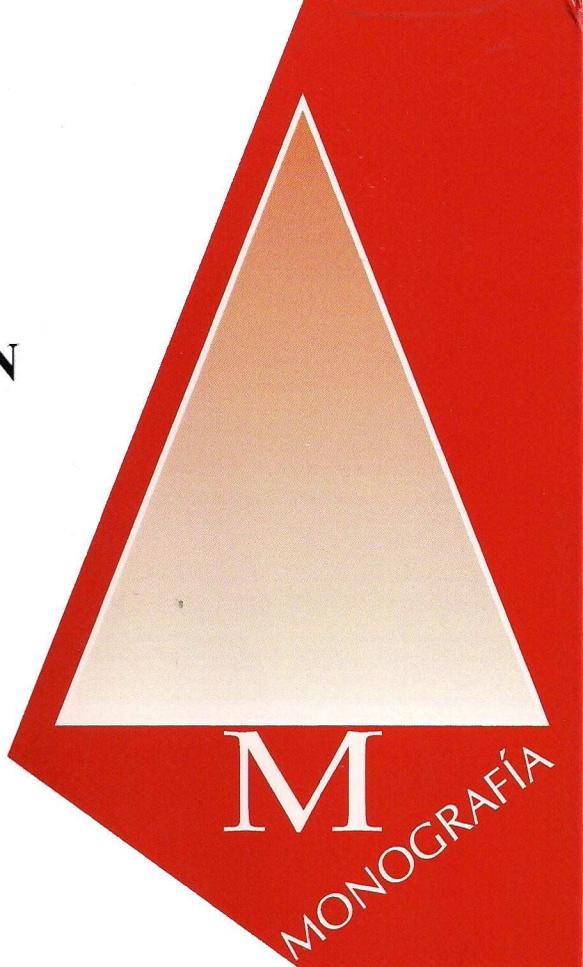


**EL DERECHO
A LA BUENA
ADMINISTRACIÓN**



MIGUEL ANTONIO GUEVARA QUINTANILLA



servicio publicaciones facultad derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE MADRID



MIGUEL ANTONIO GUEVARA QUINTANILLA
Abogado, Notario y Profesor Universitario
E- mail: miguelguevara@gmail.com

DATOS RELEVANTES

- ↪ Nacionalidad salvadoreña.
- ↪ **Profesor de Derecho Constitucional**, Facultad Multidisciplinaria Oriental, Universidad de El Salvador.
- ↪ **Capacitador** del Área de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”.
- ↪ **Consultor** externo de CARE, El Salvador.
- ↪ **Ex Delegado** Departamental de San Miguel, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.
- ↪ **Especialista Universitario en Derechos Humanos**, de la Universidad Complutense de Madrid.
- ↪ **Post grado** en Derecho Internacional, de la Universidad de Salamanca, España.
- ↪ Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de derechos humanos, San José, Costa Rica.
- ↪ Estudiante activo del Programa de Doctorado Conjunto en Ciencias Jurídicas, con especialidad en Derecho Público, de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- ↪ **Ponente** en VI Encuentro Internacional: Constitución, Democracia y Sistemas Políticos”, La Habana, Cuba, los días 4, 5 y 6 de octubre de 2011.
- ↪ **Publicaciones hechas:** 1. “El derecho a la buena administración”, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, año 2010. 2. ¿Es la eutanasia un derecho humano? En el sitio de internet: micomunidadjuridica.com. 3. ¿Es tener hijos un derecho? En el sitio de internet: comunicaciones-fmo-ues.blogspot.com
- ↪ **Premios obtenidos:** *accésit verbal*, diploma y mención especial, por el ensayo: *La buena administración garantía de los derechos del ciudadano*, del Jurado “Premio Enrique Ruano Pro Derechos Humanos”, Madrid, julio 2010.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS

Universidad Complutense de Madrid



EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Miguel Antonio Guevara Quintanilla

Madrid, 2010

© **Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense de Madrid**

Ciudad Universitaria s/n 28040 Madrid. Tel: 91 394 54 16

ISBN: 978-84-8481-121-3

Depósito Legal: SG. 166/2010

**Reservados todos los derechos. No se permite reproducir,
almacenar en sistemas de recuperación de la información ni
transmitir parte o la totalidad de esta publicación,
cualquiera que sea el medio empleado, sin el permiso previo
de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.**

Imprime: Imprenta Taller Imagen S.L.

Pol. Ind. de Hontoria c/ Gremio de los Canteros (Segovia)

Tel. 921 41 29 07 - email: imprenta@tallerimagen.net

DEDICATORIA

A Yesi y a mi pequeña Gabriela, a quienes esta investigación restó muchas horas de convivencia. A mi madre, con eterno amor y gratitud. A mi padre, por ser ejemplo a seguir. A Pipa y mi hermana Gaby, por su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

A todos mis compañeros y comunidad educativa de la Facultad Multidisciplinaria Oriental, de la Universidad de El Salvador, cuyo apoyo hizo posible este proyecto

Al Prof. Germán Gómez Orfanel, cuyos consejos ayudaron a la culminación de este trabajo y a la Profesora Dra. María José Falcón y Telia, por su estímulo permanente.

Este trabajo ha sido realizado como tesina en el Curso de Especialista en Derechos Humanos, del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, bajo la dirección del Dr. D. Germán Gómez Orfanel, Profesor Titular de Derecho Constitucional, durante el curso académico 2009-2010. En la Villa de Madrid, a 7 de junio de 2010.

EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

ÍNDICE DE MATERIAS

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPITULO I.....	17
EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.....	17
A. Aspectos históricos sobre la Administración pública y su deber de buena administración.....	17
B. Concepto y contenido de la buena administración.....	37
C. Consideraciones sobre la buena administración como derecho y principio.....	41
CAPITULO II.....	53
LA CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL Y SU MANIFESTACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SALVADOREÑO.....	53
A. La definición de la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	53
B. Nuevas luces para la buena administración: Del Proyecto de Constitución Europea al Tratado de Lisboa.....	70
C. Los Códigos de Buena Conducta en España.....	79
D. El derecho a la buena administración en el ordenamiento español y salvadoreño: su contenido implícito.....	82
1. El reconocimiento a la buena administración: el caso español.....	82
2. La buena administración en El Salvador.....	86

CAPITULO III	91
EL CAMBIO DE PARADIGMA: DEL RESPETO DE LA LEGALIDAD A LAS VIRTUDES DE LA ADMINISTRACIÓN DE CALIDAD.....	91
A. Del principio de legalidad a la buena administración.....	91
B. Gobernanza, buen gobierno y buena administración.....	97
C. De buena administración a administración de calidad.....	107
D. El problema de la corrupción Una amenaza para la administración de calidad.....	114
CAPITULO IV	125
LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN: LOS TRIBUNALES EUROPEOS Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y SALVADOREÑA.....	125
A. La jurisdicción como garantía del ciudadano frente a la Administración.....	125
B. La construcción del derecho a la buena administración hecha por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	133
C. El aporte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos....	138
D. La jurisprudencia española y salvadoreña como garante de la buena administración.....	142
CAPITULO V	149
MECANISMOS NO JURISDICCIONALES DE CONTROL Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN: LAS DEFENSORIAS DEL PUEBLO.	149
A. Una introducción a los mecanismos de protección no jurisdiccional de la buena administración.....	149
B. Las atribuciones del Defensor del Pueblo Europeo y la buena administración.....	152
C. El papel de los <i>Ombudsmen</i> españoles, en el desarrollo y protección del derecho a la buena administración.....	165
D. La función de fiscalización de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, como fortalecimiento al cumplimiento de la obligación del Estado salvadoreño a la buena administración.....	174
Anexo (Cuadro 1).....	181
CONCLUSIONES	183

BIBLIOGRAFÍA	189
A. Autores.....	189
B. Legislación.....	203
1. El Salvador.....	203
2. Instrumentos internacionales.....	204
C. Informes.....	205
D. Páginas Web.....	205
E. Jurisprudencia.....	206

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado (España)
BOUE	Boletín Oficial de la Unión Europea
BOCE	Boletín Oficial de las Comunidades Europeas
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
c.	contra
Cap.	Capítulo
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CE	Constitución española
CEBCA	Código Europeo de Buena Conducta Administrativa; también llamado el "Código Europeo" o "el Código"
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; también citado como el "Convenio de Roma" o el "Convenio Europeo".
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; llamada también "la Carta" o la "Carta de Niza"
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CLAD	Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo
CNUC	Convención de Naciones Unidas contra la corrupción
Coord(s).	Coordinador(es)
CS	Constitución salvadoreña
CSJ	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DDHC	Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano
DL	Decreto Legislativo (El Salvador)
DP	Defensor del Pueblo (de forma genérica)
DPE	Defensor del Pueblo Europeo
DO	Diario Oficial (El Salvador)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EDPE	Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo

EFQM	European Foundation for Quality Management (Fundación Europea para la Gestión de Calidad)
EEUU	Estados Unidos de América
FIO	Federación Iberoamericana de Ombudsman
FMI	Fondo Monetario Internacional
IDEA	Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
LGO	Ley de Organización, competencia y Funcionamiento del Gobierno
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (El Salvador)
LODP	Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (España)
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOCE	Ley Orgánica del Consejo de Estado
LPDDH	Ley Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos
LRJPAC	Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo común.
LRJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa (España)
MAP	Ministerio de Administración Pública (España)
NPM	New Public Management, (Nueva Gestión Pública)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OLAF	Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF, por sus siglas en francés)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Párr.	Párrafo
PE	Parlamentó Europeo
p. ej.	Por ejemplo
PESC	Política Económica de Seguridad Común
PDDH	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (El Salvador)
Pn.	Código Penal de El Salvador

PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
Rom.	Romano
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
RU	Reino Unido (referido al Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
S.M.	Su Majestad (Rey de España)
SSCA	Sentencia Sala de lo Contencioso Administrativo (El Salvador)
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional España
TG	Tribunal General
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea; llamado también "Tribunal de Justicia" o "Tribunal de Luxemburgo"
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos; también citado como "Tribunal de Estrasburgo" o "Tribunal Europeo"
TUE	Tratado de la Unión Europea
TCE	Tratado de las Comunidades Europeas
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
USOGE	(Oficina de Ética Gubernamental de los Estados Unidos de América, USOGE por sus siglas en inglés)
Vol.	Volumen
v. gr.	<i>Verbi gratia.</i>

INTRODUCCIÓN

La exigencia de más y mejores servicios, mayor transparencia en la Administración pública, así como una rendición de cuentas efectiva, son legítimas aspiraciones ciudadanas presentes en nuestros días. Por lo que la reflexión moderna es que el mal gobierno, se considera cada vez más como uno de los principales problemas en nuestras sociedades. Este contexto mundial, se ha traducido en la búsqueda de mayor eficiencia y eficacia en el desarrollo de los derechos fundamentales y en la confianza que los ciudadanos debieran tener en las Administraciones públicas .

¹ En esa línea, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, a través de su Comité de Expertos en Administración Pública, Primer período de sesiones, Nueva York, 22 a 26 de julio de 2002, (E/C. 16/2002/3); aprobó "La función esencial de la Administración pública y la buena gestión de los asuntos públicos en la aplicación de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas: desarrollo de los recursos humanos". En cuyo texto se manifestó que: "El logro de los objetivos establecidos en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas requiere una Administración pública eficiente y eficaz que depende tanto de unas estructuras institucionales que funcionen correctamente como de unos funcionarios públicos capacitados". Información disponible en el sitio: <http://unpanl.un.org/intradoc/groups/public/documents/UN/UNPAN004484.pdf>. (Consultado el 3 de mayo de 2010). Debe tomarse en consideración, que la Declaración del Milenio fue un acuerdo sobre los valores comunes de paz y seguridad, la protección de los derechos humanos y las condiciones de vida adecuadas que busca garantizar la dignidad básica de todos los pueblos. Esta fue aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2000, (A/RES/55/2), en su 55 Período de Sesiones, en lo que se denominó "La Cumbre del Milenio", por los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Para detalles sobre los objetivos de la Declaración del Milenio, puede verse el sitio: <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/>. (Consultado el 3 de enero de 2010).

De ahí, que el planteamiento general de los gobiernos en los últimos años ha sido: cómo ubicar al buen gobierno, en lo que atañe al quehacer de las instituciones públicas y sus dirigentes; y cómo mejorar la eficacia administrativa e introducir reformas que modernicen estas instituciones. A tenor de lo anterior, es que la buena administración adquiere pleno significado .

El concepto de buena administración, se sitúa en el ámbito del Derecho Público, en el ejercicio de las potestades conferidas a la Administración pública. Este abre nuevas perspectivas en relación a la protección de los derechos fundamentales, ya que su reconocimiento comenzó con la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)³, y no por un reconocimiento normativo como tradicionalmente ha sido en el caso de los derechos, el cual fue posterior, con su incorporación como derecho fundamental, en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE, llamada también "la Carta" o la "Carta de Niza").

Como sabemos, a partir de la vigencia del Tratado de Lisboa⁴, la CDFUE ha adquirido efectos jurídicos vinculantes, al dársele el mismo valor jurídico que los tratados originarios de la Unión Europea⁵.

² Así, en RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas, Primera edición, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2006, p. 21.

³ Con base al vigente Tratado de Lisboa y la reforma a los tratados originarios de la UE, el antes denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se pasó a llamar Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

⁴ Comunidades Europeas, "Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea", de 13 de diciembre de 2007, vigente desde el 1 de diciembre de 2009.

⁵ Establece la primera parte del art 6.1 TUE: "1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como

La investigación que se ha desarrollado pretende dar un modesto aporte a la construcción dogmática de este "nuevo derecho", denominado buena administración, recogido en textos europeos; y, de manera implícita, en la legislación interna, como parte de las atribuciones de la Administración pública. Asimismo, determinar en qué medida el derecho a la buena administración, puede contribuir a mejorar el funcionamiento y actuación de las instituciones públicas en general.

La metodología a utilizar en este estudio, será el análisis del concepto de buena administración, tanto en instrumentos internacionales como en textos normativos de Derecho doméstico, que resumen las principales facultades que los ciudadanos tienen frente a la Administración pública. Además, se hará un recorrido por la construcción del concepto hecho por la jurisprudencia del TJCE y su manifestación en la jurisprudencia y la normativa constitucional del Reino de España y la República de El Salvador.

La investigación se ha estructurado en cinco capítulos.

En el capítulo primero, se identifica qué normas y prácticas configuran una buena administración. Además, los matices que este derecho incluye y una serie de reglas que inciden de manera directa y significativa, en la relación que debe existir entre el ciudadano y la Administración pública.

En el segundo capítulo, se hace un recorrido por el reconocimiento a la buena administración como derecho en instrumentos europeos; y analiza su manifestación en el Derecho constitucional español y salvadoreño.

En el tercer capítulo, se aborda la introducción de un nuevo paradigma al clásico principio de legalidad que vincula a la

fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados".

Administración: la calidad en la prestación de los servicios públicos y de su actuación en general.

Desde el punto de vista histórico, la construcción del derecho objeto de este estudio ha sido jurisprudencial. Por ello, separamos en el cuarto capítulo el aprendizaje a través de la cimentación que el TJCE hizo de la buena administración, a través de múltiples sentencias que al inicio lo reconocieron como "reglas de buenas prácticas administrativas de obligada observancia por la Administración comunitaria"; y, cómo la tradición jurídica común, la jurisprudencia y el Derecho comunitario, fueron los tres factores que al interrelacionarse dieron lugar a un Derecho Administrativo Europeo integrado al Derecho Administrativo nacional⁶.

El quinto capítulo, se concentra en la figura del Defensor del Pueblo Europeo, su aporte al reconocimiento a la buena administración y su especial labor en la investigación de los casos de mala administración. Se hace al final del capítulo una relación general con su similar español y salvadoreño, y la función de fiscalización de éstos frente a las instituciones públicas.

Por último, se ha dedicado una parte a recoger las ideas plasmadas a lo largo del trabajo a modo de reflexiones finales y conclusiones.

⁶ Sobre estos puntos, se seguirá - en su orden- los trabajos de NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y la protección de datos de carácter personal (Arts. 8, 41 y 42 CDFUE)"; en GARCÍA, ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Coord.), et. al., Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, primera edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 413 y ss.; y de, GALERA RODRIGO, S., "El derecho a una buena administración", en ALVAREZ CONDE, E., y GARRIDO MAYOL, V., (Dir.), et. al., Comentarios a la Constitución europea, Libro II, Los derechos y Libertades, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1442 y ss.

CAPÍTULO I.

EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

"Cuando la situación histórica se define en términos de injusticia y opresión, no hay amor cristiano sin lucha por la justicia" (Ignacio Ellacuría)

A. Aspectos históricos sobre la Administración pública y su deber de buena administración

En las líneas que siguen, nos referiremos brevemente a los sujetos que forman la Administración y realizan función pública; y su relación con el derecho investigado. Además, el punto de vista histórico de la construcción del derecho a la buena administración.

Diversos autores⁷ ubican históricamente el nacimiento de la Administración pública y el Derecho Administrativo, en la

⁷ Puede verse TOMÁS Y VALIENTE, F., Manual de historia del Derecho español, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 589. Se ubica también en esa época el surgimiento del Derecho Administrativo como rama autónoma del Derecho, con instituciones jurídicas y características propias. En ese mismo sentido, véase MUÑOZ MACHADO, S., Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo I, Derecho Administrativo y Sistema de Fuentes, primera edición, Editorial Iustel, Madrid, 2009, p. 9. A estos efectos, resulta relevante la definición de Derecho Administrativo de MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, primera edición, Thomson- Civitas, Madrid, 2004, p. 49: "el conjunto de técnicas e instituciones que establecen la disciplina jurídica de la Administración pública cuando organiza, decide o se relaciona con los ciudadanos".

Francia revolucionaria del siglo XVIII; así como los parámetros reguladores de su organización y funcionamiento. A raíz de este surgimiento, el poder ejecutivo se concebía sometido en sus actuaciones al más estricto principio de legalidad, pues su función consistía en ejecutar leyes y en ninguna forma actuar al margen de ellas; existiendo además una obligación de protección del libre ejercicio de los derechos individuales⁹. Las ideas de la división de poderes, del barón de Montesquieu y el sometimiento a la ley materializados en la DDHC y de pensadores como Rousseau, ayudaron a sentar las bases del reconocimiento de los derechos al ser humano, y los límites al poder del Estado, que después se materializaron en el mencionado principio de legalidad.

En efecto, fue a partir de la Revolución Francesa de 1789, que se implementaron en varios países europeos, principios de organización y funcionamiento de las Administraciones públicas, estableciéndose además, garantías a favor de los ciudadanos frente a su actuación¹⁰. Estos pilares fueron principalmente: la

Partiendo de ese punto, en las condiciones en las que se desarrolló el Estado absolutista, era imposible la existencia de un Derecho Administrativo, ya que los particulares eran objeto del poder absoluto del Rey. En la Europa Continental, la Revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC), del 26 de agosto de 1789, provocó la caída del poder absolutista. A esta forma de Estado, la doctrina la ha denominado "Estado policía", por el reconocimiento al poder ilimitado del monarca y su forma de relacionarse con los administrados. Antes, con la Revolución Inglesa de 1688, el Parlamento logró imponer al monarca condiciones que garantizaran la libertad política. Mientras que en América, la "Declaración de Virginia", del 20 de junio de 1776, que dio origen a la Declaración de Independencia de las 13 colonias, del 4 de julio de 1776, fue la primera expresión del reconocimiento de los derechos individuales. Puede verse al respecto, DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., y LUCERO ESPINOZA, M., Compendio de Derecho Administrativo, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2002, pp. 2- 4.

⁹ TOMÁS Y VALIENTE, F., "Manual de historia del Derecho...", ob. cit., p. 588 y ss.

A efectos de señalar los mecanismos de control de la actuación de la Administración pública, se hará una relación general de los sistemas jurídicos administrativos más importantes. Por un lado, tenemos el régimen administrativo, que es el que siguen los países de tradición

romanística como el caso de España y América Latina, donde el respeto al Estado de Derecho y la sujeción a la ley son imprescindibles. Y por otro lado, está el que sigue la normativa administrativa anglosajona, en donde tiene preeminencia los precedentes jurisprudenciales. Es por tal razón, que el sistema de codificación jurídica iniciado por Napoleón, tuvo amplio y fructífero desarrollo en esos países. Tal es la diferencia que existe, manifiesta WAHRLICH, que la justicia norteamericana ha equiparado los actos jurídicos de la Administración a los actos privados, por lo que el Derecho Administrativo no ha tenido la elaboración y profundización que ha sufrido en los países latinos. Vid., WAHRLICH, B. "Evolución de las ciencias administrativas en América Latina", en AA.W., Administración pública: perspectivas críticas, FLORES, G., (Comp.), Instituto Centroamericano de Administración Pública, 1984, p. 23. Ambos casos constituyen dos formas de sometimiento de la Administración pública al Derecho: el sistema del rule of law y el del "régimen administrativo". La primera encuentra su génesis en Inglaterra y es propia de los países anglosajones; y la segunda se origina en Francia y toma fuerza en la Europa continental y en los países Latinoamericanos. El sistema conocido como rule of law, es propio y solo se aplica en los países anglosajones o los influenciados por su cultura; a diferencia del sistema del régimen administrativo, el cual surgió en Francia con la Revolución de 1789 y se caracteriza por la aplicación de normas y tribunales especiales, para dilucidar controversias entre la Administración pública y los administrados. Los autores que desarrollaron ambas teorías son DICEY, en Inglaterra, y HAURIOU, en Francia. Este último hizo la distinción entre nuestro régimen administrativo y el del Rule of law, señalando que las diferencias principales son que en el régimen administrativo, la Administración se encuentra centralizada y en el rule of law descentralizada; además, en el rule of law, la Administración se halla sometida a las mismas leyes que los particulares y carece de potestades o poderes; mientras que en nuestro sistema de régimen administrativo, la Administración está sometida a un derecho especial que es público, y sus actos son ejecutables y su actividad es de oficio; y por último, en caso de conflicto entre la actividad de la Administración y los administrados, en el rule of law, la Administración pública se encuentra sometida a tribunales ordinarios, y se le aplica el derecho privado, mientras que en el sistema del régimen administrativo la Administración es juzgada de acuerdo al proceso contencioso administrativo y bajo la aplicación de un derecho especial: el Derecho Administrativo. Un estudio de ambas teorías en: DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., y LUCERO ESPINOZA, M., "Compendio de Derecho Administrativo...", op. cit., pp. 13- 15. Un análisis general de estos modelos también lo brinda ENTRENA CUESTA, R., Curso de Derecho Administrativo I, octava edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pp. 55-68. Se dice por tanto, que las garantías del ciudadano frente a la actuación

separación de poderes, la garantía de los derechos, los principios de unidad e igualdad y la prestación de servicios públicos y realización de obras públicas. Nos ilustra al respecto la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establecía en su art. 12: "Siendo necesaria una fuerza pública para dar protección a los derechos del hombre y del ciudadano, se constituirá esta fuerza en beneficio de la comunidad, y no para el provecho particular de las personas por quienes está constituida".

Pero en sí, ¿A qué nos referimos cuando hablamos de administración, como una actividad? Comenzaremos con unas matizaciones semánticas.

A principios del siglo pasado, CHARNY¹² definió la administración como: "un mandato conferido a otra persona para que ejerce la dirección, gobierno y cuidado de bienes ajenos". COUTURE¹³ por su parte, nos ofrece una definición de lo que es administración, y establece: "Administración es en general, acción y efecto de cuidar un bien o realizar la gerencia de un patrimonio, público o privado, con el fin de asegurar la normal productividad de los mismos". El maestro uruguayo en relación a la etimología de la palabra, nos ilustra que proviene del latín

administrativa son inferiores en el sistema del rule of law, porque carecen de instituciones jurídico administrativas, establecidas por el sistema francés, para reaccionar en contra de la actividad ilegal de la Administración. No obstante lo anterior, como apuntan DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., y LUCERO ESPINOZA, M. "Compendio de Derecho Administrativo...", ob. cit, p. 16: el sistema del rule of law ha logrado avances significativos, entre los que podemos mencionar: la ejecutividad de los actos dictados por la Administración, cuyos efectos no se suspenden ni aún cuando son impugnados; y la creación de tribunales administrativos, para dirimir las controversias entre la Administración y los administrados.

¹¹ Vid., MUÑOZ MACHADO, S., "Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo...", ob. cit, pp. 10-17.

AA.VV., en la voz "administración", Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1954, p. 483.

¹³ Vid., COUTURE, E., en la voz "administración", Vocabulario jurídico, sexta reimpression, editado por PEIRANO FACIO, J., y SÁNCHEZ FONTÁNS, J., Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1997, pp. 483 y ss.

administrado, -nis, ya en Cicerón "administración, gobierno, manejo, dirección". Es un sustantivo verbal (nomen actionis) del verbo administro, -are "administrar", propiamente "ayudar, servir", más tarde "obrar bajo las órdenes de alguien" y finalmente "administrar" porque los actos administrativos eran efectuados por servidores.

En ese sentido, administración, se traduce como "regir", "cuidar", "ordenar"; y por otros sinónimos que significan "servir", en posición de subordinación a otro; en España, con la Constitución de 1978, se transforma la concepción decimonónica de la administración imperativa y procedimental a la de una, dotada de personalidad jurídica, que tiene por fundamento la garantía de los derechos civiles y políticos¹⁴.

Ahora bien, es sabido que el Estado es una creación del ser humano establecida en la Constitución, la cual señala sus órganos y establece las competencias de sus titulares. De ahí, que la actividad de la Administración pública surge de los fines y justificación del Estado¹⁵. La Administración pública según CABANELLAS¹⁶ es: el Poder Ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos. Siguiendo a FÉLIX y LLOYD NIGRO¹⁷, para definir la Administración pública es necesario establecer conexión entre las tres ramas tradicionales del poder. Por un lado administrar es ejecutar, poner en práctica las leyes que han sido aprobadas por el legislativo; dejando de lado al

¹⁴ Véase FERNANDEZ SEBASTIAN, J., y FUENTES, J. F., (Dirs.), en la voz "administración", Diccionario político y social del siglo XX español, Alianza Editorial, Madrid, 2008, pp. 87-91.

¹⁵ Vid., GALINDO CAMACHO, M., Teoría de la Administración pública, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 89.

¹⁶ Cfr., CABANELLAS, G., en la voz "Administración pública", Diccionario Enciclopédico de derecho usual, Tomo I, vigésima cuarta edición, Editorial Heliasta, Argentina, 1996.

¹⁷ NIGRO, FÉLIX A., y NIGRO, LLOYD G., Administración pública moderna, primera edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981, p. 12.

poder judicial, el que intervendrá solo en la medida que la Administración pública realice actos ilegales, arbitrarios o inconstitucionales, los que realizarán actos de control de la legalidad de las actuaciones administrativas.

No obstante lo anterior, se necesitan más mecanismos de control de la Administración pública, que no solo controlen la legalidad de su actuación, sino que comprueben la legitimidad y calidad de la misma frente al ciudadano, en actos que aunque no siendo ilegales constituyan casos de un mal servicio o mala administración. Así, la Administración pública: "debe estar al servicio del interés general y preocupada por el respeto de los derechos que asisten a sus usuarios, tratando de manera conveniente las misiones que tiene asignadas"¹⁸. Por lo que en definitiva, la función pública de administrar, debe enmarcarse en lo que conocemos como buena administración.

En el caso de España, la Administración pública¹⁹, está instaurada en el Título IV de la constitución²⁰ que establece: "Del Gobierno y la Administración", en perfecta diferenciación del Poder Legislativo o Cortes Generales (Título III) y el Poder Judicial (Título VI)²¹. En relación a la Administración pública, no se utiliza el término "Poder Ejecutivo", por estar en desuso, ya que tanto la Administración como el Gobierno no se limitan a

Puede verse MORA, A., El Libro del Defensor del Pueblo, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003, p. 27.

¹ Una definición de la Administración pública, se encuentra en el art. 103.1 CE, que establece: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

²⁰ Constitución del Reino* de España, aprobada por las Cortes Generales en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado, celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S.M. el Rey, ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

²¹ En el ordenamiento español, con base a la LOFAGE, a la Administración pública se le conoce como Administración General del Estado.

ejecutar las decisiones de otros Órganos del Estado, sino que en definitiva contribuye en gran medida, a para formar la realidad social²². Así, la Administración se encuentra definida en los arts. 93, 103 y 106 CE.

La Administración General por su parte, es el aparato administrativo del Estado que sirve para el desempeño de sus funciones públicas, convirtiéndose además en organización central y básica²³. Tiene el deber de servir con objetividad a los intereses generales²⁴. Con base al art. 97 CE es dirigida por el Gobierno de la Nación y está formada por un conglomerado de órganos administrativos jerárquicamente ordenados y con personalidad jurídica única, (art. 2.2 LOFAGE). Hay que distinguir asimismo, la Administración pública del Gobierno. Diferencia apuntada ya en el art. 97 CE, desde el epígrafe del Título IV. De forma simple puede decirse que éste dirige la actuación política y la Administración la ejecuta, bajo la dirección del propio Gobierno, por lo que el Gobierno no solo es

²² Véase SUAY RINCÓN, I, en la voz "Administración (General del Estado)", Diccionario de Derecho Administrativo, Tomo I, en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), Editorial Iustel, primera edición, 2005, p. 118.

²³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., (Coord.), et. al., en la voz "Administración General del Estado", Diccionario jurídico, cuarta edición, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2006.

²⁴ Siguiendo a RIBO DURAN, L., en la voz "Administración", Diccionario de Derecho, Tomo I, tercera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2005: Se debe distinguir dos distintos niveles fundamentales de la Administración. Por un lado la Administración del Estado, que comprende la Administración militar y la civil. Dentro de ésta última hay que separa a la llamada Administración central o Administración general del Estado, que es la Administración única o común, y la Administración periférica. En su dimensión consultiva, la Administración del Estado se concreta en el llamado Consejo de Estado. Tras la Administración estatal, señala la Administración institucional, la local y la autonómica. Dentro de la local, se distingue entre la provincial y la local.

el órgano de dirección política del Estado, sino también el órgano superior de la Administración pública²⁵.

Los arts. 105, b) CE, y 37 LRJPA, en relación al principio de transparencia que debe regir la actuación de la Administración pública, establecen que todos los ciudadanos tendrán acceso a los archivos y registros administrativos, salvo que afecten a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Además, otro principio distinto al de legalidad al que está sometida la Administración, es el de eficacia, que se traduce en la atribución de la Administración de potestades que requieren como contrapartida de la existencia de garantías y que se relaciona con la denominada autorutela administrativa.

Los principios esenciales de toda organización administrativa son: eficacia, economía, eficiencia, competencia, jerarquía y coordinación²⁶. La LOFAGE en su art. 3, contiene otra clasificación de los principios de organización y funcionamiento de la Administración pública, estableciendo en primer plano que la Administración General del Estado se organiza y actúa, con pleno respeto al principio de legalidad. Además taxativamente enuncia los principios de organización y funcionamiento por los que debe actuar y organizarse .

²⁵ Vid., BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), et. al., Manual de Derecho Constitucional, Vol. II, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, p. 525.

²⁶ COSCULLUELA MONTANER, L., "Manual de Derecho Administrativo...", ob. cit, p. 174.

²⁷ Dispone el precepto citado: "1. De organización, a) Jerarquía; b) Descentralización funcional; c) Desconcentración funcional y territorial; d) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; e) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; f) Coordinación. 2. De funcionamiento, a) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados; b) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos; c) Programación y desarrollo de objetivos y control de la gestión y de los resultados; d) Responsabilidad por la gestión pública; e) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión; f) Servicio efectivo a los ciudadanos; g)

Justamente, la relación entre el Gobierno y la Administración es de superioridad. En ese sentido, los arts. 97, 103.1 CE y el art. 2.1 LOFAGE, establecen que la Administración debe estar subordinada o sometida plenamente a la ley y al Derecho, es decir, que toda actuación de la Administración debe estar sujeta a la legalidad. Por ello, vemos que se regulan funciones y obligaciones de la Administración pública española en distintas leyes. Entre todas, podemos mencionar: Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa²⁹, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁰; Ley Orgánica del Consejo de Estado³¹; Ley de Organización, competencia y Funcionamiento del Gobierno³²; y,

Objetividad y transparencia de la actuación administrativa; h) Cooperación y coordinación con las otras Administraciones públicas".

²⁸ En palabras de SUAY RINCÓN, J., en la voz "Administración (General del Estado)", Diccionario de Derecho Administrativo, ob. cit, p. 120: "la existencia de una norma previa, habilitante y expresa para legitimar cualquier actuación". En ese sentido, precisamente es el Poder Judicial el que controla la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa. Dicha potestad jurisdiccional desarrollada en los arts. 1 y 2 LRJCA.

²⁹ Ley núm. 29/1998, de 13 de julio, BOE de 14 de julio de 1998, (LRJCA).

³⁰ Ley núm. 30/1992, de 26 de noviembre, BOE núm. 285, de 27 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, BOE núm. 12, de 14 de enero. (LRJPA). La LRJPA reconoce un catálogo de derechos del ciudadano frente a la Administración, recordando que ésta tiene un carácter servicial respecto de los propios ciudadanos. Establece COSCULLUELA MONTANER, L., Manual de Derecho Administrativo I, decimoquinta edición, Thomson- Civitas, Madrid, 2004, pp. 474 y 475: que con base al art. 35 LRJPA, pueden clasificarse en: a) derechos que se reconocen a los interesados y que persiguen una correcta tramitación de los procedimientos administrativos; b) derechos procedimentales que desarrollan previsiones constitucionales; y c) cualquier otro que le reconozcan la Constitución y las Leyes.

³¹ Ley núm. 3/1980, de 22 de abril, (LOCE).

³² Ley núm. 50/1997, de 27 de noviembre, (LGO).

la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado³³.

Veamos ahora el caso salvadoreño.

El régimen jurídico de la Administración pública en El Salvador³⁴, está determinada fundamentalmente en los arts. 14 y 168 de la Constitución de la República de 1983³⁵. Tales disposiciones constitucionales no están desarrolladas en un solo texto legal, sino que se encuentran en diferentes leyes y reglamentos. Entre todas, p. e.: el Reglamento del Órgano Ejecutivo; Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública; y, Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa³⁶.

Esta última norma, define la Administración pública, en el inc. segundo de su art. 2, estableciendo: "Para los efectos de esta ley se entiende por Administración Pública: a) el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; b) los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y, c) el Gobierno Local".

³³ Ley núm. 6/1997, de 14 de abril, (LOFAGE).

³⁴ En ese sentido, según el art. 150 CS, el Órgano Ejecutivo está conformado por: el Presidente y Vice Presidente de la República, los Ministros y Vice Ministros de Estado y sus funcionarios dependientes. (Es decir, incluye a todos los funcionarios y empleados que prestan sus servicios para este Órgano del Estado). Por lo que como efecto inmediato de lo anterior, podríamos establecer que corresponde a todos los miembros del Órgano Ejecutivo realizar función administrativa.

³⁵ Asamblea Constituyente, Constitución de la República de El Salvador, 16 de diciembre de 1983, DO núm. 234, de 1983, Tomo núm. 281.

³⁶ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, (LJCA), D. L. núm. 81, de 14 de noviembre de 1978, D. O. núm. 236, T. 261, de 19 de diciembre de 1978.

La función de administración del Estado en El Salvador, es realizada a través de las diferentes Secretarías de Estado³⁷, todas a cargo de un Ministro o Comisionados presidenciales, cuya estructura orgánica es determinada por el Presidente de la República. Por tanto, a los integrantes del Órgano Ejecutivo les corresponde ejercer la función pública administrativa, a través de la elaboración de un plan general de gobierno, que debe estar acorde y con especial sujeción de su actuación a la *lex prima salvadoreña*, so pena de ser nulas de pleno derecho³⁹.

El art. 159 CS, establece la creación de las Secretarías que fueren necesarias para la gestión de los negocios públicos. Un listado de los diferentes Ministerios salvadoreños puede ser consultado en: <http://www.conacyt.gob.sv/gobierno.htm> (Consultada el 4 de febrero de 2010).

^{j8} En el caso salvadoreño, el Presidente de la República realiza las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Es decir, a nivel internacional representa al Estado y a todos los ciudadanos y a nivel interno debe organizar y administrar el Órgano Ejecutivo, para la prestación de servicios públicos y satisfacción de las necesidades básicas de los habitantes de la República. Asimismo, el Estado salvadoreño se constituye como una democracia y bajo un sistema de gobierno presidencialista El ordenamiento constitucional salvadoreño dispone: el gobierno es republicano, democrático y representativo. Debe verse art. 85 inc. 1, CS.

³⁹ El art. 164 CS dispone: "Todos los decretos, acuerdos, órdenes y resoluciones que los funcionarios del Órgano Ejecutivo emitan, excediendo las facultades que esta Constitución establece, serán nulos y no deberán ser obedecidos, aunque se den a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa". En ese mismo sentido, el art. 249 CS, establece una derogación expresa de las disposiciones que estuvieren en contra de sus preceptos. Asimismo, jurisprudencia del Tribunal constitucional salvadoreño sobre el sentido de la derogación genérica prescrita en el artículo relacionado, ha establecido: "... el efecto, pues, que sobre todas las disposiciones preconstitucionales produce su incompatibilidad con la vigente Constitución, es su derogación desde el veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y tres. Dicha inclusión de una derogatoria genérica en la vigente Ley Suprema implica una decisión política fundamental: no diferir la extinción de las disposiciones preconstitucionales incompatibles con la nueva Constitución, más allá de la fecha de su vigencia". Cfr., Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 20 de junio de 1999, inc. 4-88.

En definitiva, al igual que en la normativa española, nos encontramos que las normas constitucionales salvadoreñas también imponen el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho⁴⁰, para evitar cualquier actuación administrativa contra legem y contra ius .

El sometimiento de la Administración a la ley, es pues, una consecuencia del Estado democrático de Derecho, en cuanto que la ley es producto del órgano que representa la voluntad popular. En relación al sometimiento al Derecho, es un ámbito de aplicación más amplio, ya que se refiere a la Constitución, los tratados internacionales⁴². Por lo que la Administración en el ejercicio de sus funciones no solo debe ejecutar las leyes, sino también debe disponer y organizar con responsabilidad las funciones que en virtud de esa ley le corresponden⁴³.

En ese contexto se entiende referida a la ley en sentido formal, es decir, dictada por el Parlamento o Asamblea Legislativa. Sobre el concepto de ley formal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva Oc-6/86, del 9 de mayo de 1986, La Expresión "Leyes", en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 38: establece *inter alia*, que debe entenderse por ley formal "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes".

⁴¹ Vid., SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo, Parte General*, quinta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, p. 86.

⁴² El Principio de jerarquía normativa, en España, está regulado en el art. 9.3 CE; y, en El Salvador en el art. 296 CS. En España además, agregaríamos las normas jurídicas aprobadas por la UE, y en general los principios generales del Derecho. En ese sentido véase SÁNCHEZ MORÓN, M., "Derecho Administrativo...", *op. cit.*, p. 87. Confróntese además, arts. 10.2 y 96.1 tE; y art. 144 CS.

⁴³ Con base al art. 168 núm. 14 CS, al Presidente de la República le corresponde decretar los reglamentos que fueren necesarios para facilitar y asegurar la aplicación de las leyes cuya ejecución le corresponde. Esta disposición esta principalmente referida a la potestad reglamentaria del Presidente de la República y a su facultad de ejecutar las leyes a través del ejercicio de la función pública.

Así, el principio de legalidad en la Constitución española está regulado en el art. 9.3 CE. El sometimiento a la ley de la Administración pública salvadoreña, en el art. 86.3 CS. Mientras que la potestad jurisdiccional de controlar la actividad de la Administración pública en el caso de España se encuentra regulada en el art. 106.1 CE, según el cual los tribunales controlarán la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa. Para el caso salvadoreño, por un lado se instaura la jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁴; y por otro, existe la garantía constitucional del debido proceso administrativo, reconocido en el art. 14 CS⁴⁵.

El art. 53 CE relativo a los principios de legalidad y reserva de ley, se relacionan por tanto con la Administración pública, en la medida que impulsan su actuación para la consecución de sus fines constitucionales, ya que el problema de la legalidad no solo se plantea en la necesidad de evitar un intervencionismo de la Administración, sino el encausar su actuación a los fines de la voluntad general. Esto se refleja en la prohibición de extralimitarse en sus funciones, sino que también debe de llevar

⁴⁴ La jurisdicción contencioso administrativa se ejerce a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ, la cual se desarrolla en LJCA, específicamente, el art. 2 establece: "Art. 2.- Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública. Para los efectos de esta ley se entiende por Administración Pública: a) el Poder Ejecutivo y sus dependencias, inclusive las instituciones autónomas, semiautónomas y demás entidades descentralizadas del Estado; b) los Poderes Legislativo y Judicial y los organismos independientes, en cuanto realizan excepcionalmente actos administrativos; y, c) el Gobierno Local". Ambas disposiciones encuentran su símil en el art. 24.1 CE, en el derecho de todas las personas a obtener la tutela judicial efectiva.

⁴⁵ Establece la disposición constitucional salvadoreña: "Art. 14.- Corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas. No obstante la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto hasta por cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad".

su acción tan lejos como le exija una realización armónica de todos los mandatos legales y constitucionales⁴⁶.

El acatamiento de los ciudadanos como de los Poderes públicos a la constitución y al resto del ordenamiento se denomina principio de legalidad, (art. 9.1 CE). Mientras que el sometimiento de la acción de los Poderes públicos al Derecho supone que los ciudadanos pueden defender sus derechos e intereses legítimos ante los Tribunales de Justicia, quienes se someten en garantes de esa sumisión del Poder al Derecho, ejerciendo una acción que implica control de la actividad del Gobierno y la Administración pública (art. 106.1 CE) y protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (arte. 24 y 53 CE).

La función administrativa, está referida a la actividad jurídica del Estado, que consistente en la ejecución de normas generales preestablecidas⁴⁷. GALINDO CAMACHO⁴⁸ la define como: "la relación que existe entre el Estado y sus servidores, constituida por el conjunto de derechos, obligaciones y situaciones que le vinculan"; la cual, está determinada por el régimen jurídico aplicable al personal administrativo que presta sus servicios en las dependencias de los órganos Legislativos, Ejecutivo y Judicial. Además, como: "la función realizada por el Estado de una manera concreta, inmediata, continua y espontánea, para satisfacer de manera directa las necesidades públicas"⁴⁹, en definitiva la función administrativa la entendemos

⁴⁶ Véase PRIETO SANCHÍS, L., "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la constitución española", en Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 409 y 410.

⁴⁷ COUTURE, E., en la voz "administración", "Vocabulario jurídico", op. cit, pp. 483 y ss.

⁴⁸ GALINDO CAMACHO, M. "Teoría de la Administración...", op. cit., p. 143.

⁴⁹ DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., y LUCERO ESPINOZA, M. "Compendio de Derecho...", op. cit, p. 36.

como la actividad realizada por el Estado para satisfacer las necesidades de la población.

En esa línea, no hay que dejar de lado al estudiar estas posturas, que también desde el punto de vista objetivo, no interesa cual es el órgano del Estado que realiza la función administrativa, pues la misma puede efectuarse por los órganos de los Poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial⁵⁰. En la actualidad, la Administración pública, está sometida a una serie de potestades y limitaciones, que constituyen el contenido del Derecho Administrativo vigente. Así, está dotada de las siguientes facultades: potestades reglamentaria, de auto tutela y sancionadora; posibilidad de coacción y respeto de su ámbito de competencia frente al régimen jurisdiccional.

Los legitimados para realizar la función pública son los funcionarios y empleados públicos, investidos de autoridad para ello⁵¹. Dentro de sus deberes, es que deben consagrarse totalmente a sus funciones y no puede ejercer otra actividad

⁵⁰ En ese sentido, ENTRENA CUESTA, R., "Curso de Derecho...", op. cit., p. 26: establece que las tres posturas que han seguido los autores para identificar la Administración pública son, la subjetiva: que la identifica como el Poder Ejecutivo ejecutando la ley; la objetiva: que establece que la función administrativa no es exclusiva del Órgano Ejecutivo, ya que puede ser realizada por cualquier órgano que realice funciones de administrar; y por último, la concepción formal: que viene dada por el derecho especial al que la actividad administrativa se halle sometida. De igual postura: DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., y LUCERO ESPINOZA, M. *Ibíd.*, p. 89.

⁵¹ La Ley de Ética gubernamental salvadoreña, define en su art. 3 la función pública, como: "Toda actividad temporal o permanente, remunerada o ad-honorem, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio de éste, o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos". Vid., Ley de Ética gubernamental, DL núm. 1038, de 27 de abril de 2006, DO núm. 90, T. 371, de 18 de mayo de 2006. Asimismo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, en su art. 1, ofrece otro concepto de función pública: "Función pública es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural o en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

profesional lucrativa. Asimismo, se impone al funcionario la obligación de dar cuentas de sus funciones y de su administración en sus actitudes y sus expresiones públicas⁵². Los funcionarios públicos son aquellos que se encuentran en las altas esferas del gobierno con capacidad de decisión, mientras que los empleados son los trabajadores del Estado que ejecutan las decisiones de los primeros; ambos sometidos al respeto de la legalidad .

⁵² Vid., MARCOU, G., "La Función pública en Francia", en AA.VV., Organización Administrativa, Función Pública y dominio público, primera edición, Ediciones Rap, Buenos Aires, Argentina, p. 50.

⁵³ Al respecto, el Código Penal salvadoreño, introduce los conceptos de funcionario, empleado público y municipal, autoridad pública y agente de autoridad, en su art. 39. El precepto dispone: "Para efectos penales, se consideran: 1) Funcionarios públicos, todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; 2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. 3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o Delegación del funcionario o superior jerárquico; y, 4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil". Vid., Código Penal de El Salvador, DL núm. 1030, de 26 de abril de 1997, DO núm. 105, T. 335, de 6 de octubre de 1997. En esa misma línea, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC), establece que por "funcionario público" se entenderá: "i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la CNUC, podrá entenderse por "funcionario público" toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte".

Antes de delimitar el derecho a la buena administración consagrado en la CDFUE, consideramos necesario hacer una descripción histórica general de su reconocimiento en el espacio europeo⁵⁴.

El ahora TJUE instauró a través de su jurisprudencia, un sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales, por lo que los derechos reconocidos en la CDFUE, o bien obtuvieron reconocimiento jurisprudencial directo, o derivado, a través de la interpretación del CEDH, en el que se inspiró la jurisdicción europea para garantizar la protección de los derechos, como principio general del ordenamiento jurídico comunitario⁵⁵. Si bien, la CDFUE en un primer momento no pasó a formar parte del Derecho originario y a gozar de relevancia jurídica, su contenido generó efectos jurídicos, pues los derechos en ella

⁵⁴ La construcción del derecho a la buena administración se hizo sobre la base de la jurisprudencia de los Tribunales Europeos. Apunta, DÍAZ GRECO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y los Estados miembros*, primera edición, Editorial Reus, Madrid, 2009, pp. 20 y 21: que en el ámbito europeo, el Tribunal de Justicia construyó el actual sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE a partir de 1969, a través de las sentencias Stauder (STJCE, asunto Erich Stauder c. Villa de Ulm, núm. as 29- 69, Rec. 1969, de 12 de noviembre de 1969) y Costa (STJCE, asunto Costa c. ENEL, núm. as. 6/64, de 15 de julio de 1964). En el primer caso el TJCE afirmaba por primera vez que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario. En el segundo caso, establecía el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional de los Estados miembros. Lo anterior porque los tratados que conformaron lo que hasta hoy conocemos como UE y el CEDH no establecían de manera detallada un sistema específico de protección de los derechos fundamentales.

⁵⁵ RALLO LOMBARTE, A., *¿Hacia una constitución europea?*, "Reflexiones sobre la protección de los derechos fundamentales en el debate constituyente europeo", en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7, I- 2003, p. 206. Disponible en el sitio: http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n7/observal-7.pdf. (Consultado el 3 de mayo de 2010).

reconocidos fueron vinculantes en la medida que fueron reconocidos por la jurisdicción europea⁵⁶.

La buena administración está compuesta por normas de carácter procesal comunes a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros de la UE, algunas contenidas en los tratados constitutivos europeos y otras desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵⁷, como estándares que determinan la buena actuación de la Administración pública. Es decir, al inicio, no fue concebida como derecho fundamental, sino como "reglas de buenas prácticas administrativas de obligada observancia por la Administración comunitaria"⁵⁹. Recordemos que la protección de los derechos fundamentales en la UE, se instauró como principio general del Derecho comunitario⁶⁰ por la jurisprudencia del entonces TJCE⁶¹, situación que ahora se

⁵⁶ Ibid., p. 209.

⁵⁷ Es preciso subrayar que el otrora Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), con base al Tratado de Lisboa sufre algunas modificaciones. En primer lugar cambia de nombre. Ahora será "Tribunal de Justicia de la Unión Europea". Se compondrá del "Tribunal de Justicia", el "Tribunal General", y Tribunales especializados que serán creados por el Consejo y el Parlamento. Presenta alteraciones respecto a la asignación de Abogados Generales y el procedimiento para el nombramiento de sus miembros. Extiende su competencia a la cooperación policial y judicial penal, la legalidad de las medidas restrictivas y si una cuestión pertenece a la PESC o al Derecho comunitario. Vid., ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLÓRENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, nota el pie núm. 11, p. 171.

⁵⁸ Vid., NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y la protección de datos...", ob. cit., p. 412.

⁵⁹ Ibid., p. 413.

⁶⁰ Entendemos que el término "comunitario", se debe sustituir por el de "europeo" o de la "Unión Europea", con base a la reforma del art. 1 TUE, fruto del Tratado de Lisboa, que sustituye el término "Comunidad Europea". Con estas reformas han desaparecido las Comunidades que fundaron la Unión, por lo que hoy se debe hablar también de Derecho de la Unión Europea.

⁶¹ Como se verá más adelante, estos razonamientos fueron tomados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y sirvieron de fundamento en la

positiva con la nueva redacción que el Tratado de Lisboa da al art. 6 TUE.

Y es que cuando la buena administración fue reconocida como derecho fundamental en Niza, ya se contaba con un amplio repertorio de soluciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia⁶³. En ese sentido, el Tribunal de la Función Pública, en el asunto *Kuchta c. BCE*⁶⁴, relativo a la legalidad de una decisión individual de revisión salarial de la retribución de un miembro del personal del BCE, recordó que las reglas de buena administración en materia de gestión del personal, implican en particular, que la distribución de competencias dentro de cualquier organismo o

construcción del llamado principio de buena administración, debido a que éste fue construido por la jurisprudencia europea a través de una interpretación encaminada a la búsqueda de una gestión pública más óptima en beneficio de los ciudadanos. Vid., LORENZO DE MEMBIELA, J. B., "La buena administración como estrategia promotora...", cit, p. 448.

⁶² El 13 de diciembre de 2007, los Jefes de Estado y Gobierno de los actuales 27 Estados miembros de la Unión Europea, firmaron en la capital portuguesa, en el marco de una solemne ceremonia en el Monasterio de los Jerónimos, el Tratado de Lisboa (cuyo nombre completo es Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), modificó los Tratados de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Entró en vigencia el 1 de diciembre de 2009. Sustituye al Tratado por el que se crea una Constitución Europea de 2004. Este instrumento internacional da personalidad jurídica propia a la UE y se diseñó para mejorar el funcionamiento de la UE. El texto completo del Tratado de Lisboa está disponible en el sitio: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>. (Consultada el 26 de mayo de 2010).

⁶³ Otras sentencias con fechas anteriores sobre el reconocimiento de la buena administración en DÍAZ MUIÑA, M., y MURILLO GARCÍA-ATANCE, I., "La ética administrativa: elemento imprescindible...", cit., nota al pie núm. 18, p. 164: Tribunal de Justicia, asuntos acumulados C-33/79 y C-75/79 de 28 de mayo de 1980; asunto C-191/81 de 9 de diciembre de 1982; asunto C-321/85 de 23 de octubre de 1986.

⁶⁴ STJCE F-89/07, de 11 de Julio de 2008, en Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Informe Anual 2008, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2009, p. 204.

institución comunitaria sea claramente definida y debidamente publicada; por lo que anuló la decisión controvertida, al no haber podido determinar el autor de la decisión.

Un segundo momento para el reconocimiento del derecho en estudio, fue su delimitación por su opuesto, es decir, la mala administración, y descrito con supuestos atentatorios al Estado de Derecho⁶⁵. El concepto de mala administración, está íntimamente ligada al derecho en estudio. A esta acepción en negativo de la buena administración, se le reconoce dos vertientes : una de ellas vinculada directamente a los casos de ilegalidad y protegida por el Tribunal de Justicia a través de la tutela judicial efectiva; y la otra de contenido más amplio, propio del campo del Derecho Administrativo, referida a irregularidades administrativas no ilegales, que es la que cubre el DPE.

Podemos decir que la infracción a la buena administración, o en sentido negativo, la configuración de una mala administración por parte de la Administración europea tiene un doble alcance⁶⁷. Por un lado, como lo dispone el art. 41.3 CDFUE, genera la reparación económica de los particulares afectados, frente al incorrecto funcionamiento de la Administración europea. En segundo lugar, acceder a un mecanismo no jurisdiccional de protección. Así, el art. 43

⁶⁵ CASTILLO BLANCO, F. A., "Derechos y principios relacionados con la buena administración y la calidad de los servicios", en AA.W., BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, p. 362.

⁶⁶ Seguiremos en estos postulados a TOMÁS MALLÉN, B., El derecho fundamental a una buena administración, primera edición, INAP, Madrid, 2004, p. 271.

⁶⁷ Seguimos el esquema mutatis mutandi de GALÁN BIOQUE, R., "El derecho a una buena administración (Art. II- 101 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa), en "Estudios Jurídicos sobre la Constitución Europea", Revista Crónica Jurídica Hispalence, Facultad de Derecho Universidad de Sevilla, Monográfico 2005, p. 197.

CDFUE, establece que todo ciudadano de la Unión o persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al DPE los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios. Posteriormente, este derecho fue complementado con una manifestación y visión positiva de la Administración pública con obligaciones de hacer con un determinado modo: calidad, eficacia y eficiencia en la gestión de las políticas públicas, relaciones con un derecho de la ciudadanía a exigir su materialización⁶⁸.

Por lo que los dos mecanismos importantes para tutelar la buena administración son por un lado el DPE y por otro, la defensa que hace el TJUE.

Estos antecedentes, llevaron al reconocimiento a la buena administración como derecho fundamental, en el art. 41 CDFUE, y recientemente a ser incorporada en los Tratados originarios con plenos efectos jurídicos en la UE.

B. Concepto y contenido de la buena administración

La buena administración, se configura como un derecho de los ciudadanos europeos y no de los administrados, en su relación con las instituciones y órganos de la UE, que se traduce como el derecho de todo ciudadano a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan⁶⁹.

De los reconocidos en la CDFUE, la buena administración, es el único de los derechos de ciudadanía que aparece configurado como auténtico derecho fundamental, ya que su disfrute no queda condicionado a ostentar la ciudadanía o

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ DÍAZ MUIÑA, M., y MURILLO GARCÍA- ATANCE, I., "La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena administración", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, junio de 2008, p. 164.

residencia europea . Toda persona -como dice la Carta- tiene derecho a que en sus relaciones con los órganos, instituciones y organismos de la Unión Europea, imperen los parámetros propios de la buena administración. Por tanto, la Carta define con amplitud a los beneficiarios de este derecho, no obstante estar enmarcado en el epígrafe de los derechos de los ciudadanos (Título V, Ciudadanía)⁷¹. Por lo que en última instancia, el beneficiario o titular del derecho a la buena administración, lo es en relación a su eventual relación con la Administración europea⁷², atendiendo a la función administrativa ejercida por algunos órganos europeos y no por la ciudadanía que la persona ostenta⁷³.

⁷⁰ Vid., GONZÁLEZ ALONSO, L. N, "Comentario al artículo 41, derecho a una buena administración", en LÓPEZ ESCUDERO, M., et. al., MANGAS MARTÍN, A., (Dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L. N., (Coord.), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo, primera edición, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 668.

Se dice que la ciudadanía europea es derivada o subsidiaria, ya que se tiene que poseer en primera instancia la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la UE. Ningún instrumento europeo recoge una ciudadanía política, ya que su finalidad - tal como está enunciada en la Carta de Niza- es reforzar la protección de los derechos, que hacen los Estados miembros. Véase PEÑA ECHEVARRÍA, J., "La Carta de Derechos Fundamentales y la ciudadanía europea", en Revista de Estudios Europeos, núm. 33, enero-abril, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid, 2003, p. 68 y ss.

⁷² Así, la UE posee una importante Administración dependiente de la Comisión europea, denominada Administración comunitaria. Esta expresión no debe confundirse con la referencia a las Comunidades Autónomas, cuya designación habitual es la de Administraciones autonómicas, cuyas normas jurídicas, son de aplicación directa en España, y que ostentan competencias directas sobre las personas, ejecutando las normas y políticas comunitarias. Vid., SANTAMARÍA PASTOR, J. A., Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, primera edición, Editorial Listel, Madrid, 2004, p. 73.

⁷³ En ese sentido, tanto la jurisprudencia como la doctrina al hablar de "Administración europea", se refieren a ese conjunto institucional y orgánico presente en el sistema político europeo, que son: las Instituciones (Comisión y Consejo), órganos (Banco Central Europeo y Banco Europeo de Inversiones) u organismos (Agencias Europeas), que forman parte del

Ciertamente, el reconocimiento a la buena administración en la CDFUE, ha influido en la reforma de lo que se ha dado por llamar la función pública europea debido a que se ha dado una regulación más precisa en el régimen de incompatibilidades de los funcionarios, para evitar situaciones que puedan dar lugar a conflicto de intereses⁷⁴. Desde esa perspectiva, el cumplimiento del derecho a la buena administración se exige frente a la Administración europea, entendida ésta como la estructura orgánica encargada de ejecutar a escala europea el Derecho y las Políticas de la Unión. Por lo anterior, los sujetos obligados por la CDFUE son tanto las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como los Estados miembros, cuando aplican el Derecho de la Unión o se acogen a sus derogaciones o excepciones⁷⁵.

Poder Público europeo. Ver FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El derecho a la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, segundo semestre 2008, Colex, Madrid, 2008, pp. 141 y 142.

⁷⁴ Vid., FUENTETAJA PASTOR, J. A., "La reforma de la función pública europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 19, año 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre de 2004, p. 777. Así, la función pública europea cuenta con diferentes categorías de personal que realiza actividad administrativa al servicio de Instituciones, órganos y organismos comunitarios, entre los que se pueden mencionar: funcionarios, contratados, personal exterior, y altos cargos. Un estudio detallado lo realiza el citado autor en las pp. 758- 777.

⁷⁵ MANGAS MARTÍN, A., "Comentario a los artículos 51 y 52 de la CDFUE", en LÓPEZ ESCUDERO, M., et. al., MANGAS MARTÍN, A., (Dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L. N., (Coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo*, primera edición, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 668. Establece asimismo, FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El derecho a la buena administración...", cit, p. 143: Que al delimitar lo que es la Administración europea, no se puede prescindir de las Administraciones de los Estados miembros, ya que éstos con base al art. 51 CDFUE, en la medida que apliquen el Derecho de la Unión, pueden ser considerados Administración europea, y en consecuencia encontrarse sometidos a la obligación de buena administración.

PRATS CÁATALA agrega otro matiz. En virtud que la gestión pública está íntimamente relacionada al interés general define la buena administración, como: "un derecho cívico en la medida en que no sólo protege un estatus individual sino que se orienta a la realización de un valor de convivencia como el representado por la buena administración"⁷⁶. En ese sentido, - agrega el citado autor- que nuestro derecho en estudio no solo protege frente a los poderes públicos, sino también se añade como un control que establece nuevas exigencias de legitimidad del actuar administrativo, como son: la transparencia, la participación, la eficacia, la eficiencia y la rendición de cuentas⁷⁷. De ahí que la obligación de servir a los intereses generales que tiene la Administración, haga emerger tanto el derecho de los ciudadanos a la buena administración como el deber de buena administración de los agentes públicos.

Ahora, la buena administración es considerada por la Doctrina como una especie de derecho- garantía o derecho instrumental⁷⁸ que propicia la defensa de otros derechos, por lo que dota de unidad a diversos derechos reconocidos de manera dispersa en los ordenamientos nacionales. De hecho, la buena administración debe entenderse como parámetro que va más allá de la vigilancia del cumplimiento de la mera legalidad de la actuación comunitaria, sino: "que se controle si la Unión Europea, tanto en el procedimiento seguido como en la resolución finalmente adoptada, ha ejercido de la forma más adecuada

⁷⁶ PRATS CÁATALA, J., "La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración", en Cuadernos de Derecho Público, núm. 31, mayo- agosto de 2007, p. 17.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 18.

⁷⁸ TOMÁS MALLÉN, B., "El derecho fundamental a una buena administración...", *op. cit.*, p. 42. En relación a la consideración de la buena administración como derecho- garantía, CASTILLO BLANCO, F. A., "Derechos y principios relacionados con la buena administración...", *op. cit.*, p. 361: establece que su consideración responde a nuevos impulsos, relacionadas a las aspiraciones de reforma y cambio del actuar de la Administración pública y las exigencias que le son debidas, frente a los derechos de los ciudadanos.

posible la competencia que tiene atribuida" . Exige además, que la UE actúe con plena transparencia en sus relaciones con los particulares, como que tome medidas precisas para garantizar una decisión correcta⁸⁰ .

En ese sentido, la buena administración requiere de un equilibrio entre las obligaciones propias de la Administración y el desarrollo de los derechos; conlleva una serie de reglas y prácticas que ésta debe cumplir, en el ejercicio de la función pública que realiza. Así, la buena administración busca consolidar una auténtica modernización de la Administración y se configura como herramienta contra la corrupción, siendo en definitiva, una estrategia para controlar la arbitrariedad y la desviación de poder⁸¹ .

Por tanto, el hablar de buen gobierno o buena administración, nos introduce a terminología novedosa y que implica una serie de compromisos no solo institucionales sino personales. El objetivo de llegar a una buena administración puede ser alcanzado a través de instituciones democráticas y comprometidas con el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales.

C. Consideraciones sobre la buena administración como derecho y principio

NIETO GARRIDO⁸², plantea que lo novedoso del estudio de este derecho sería delimitar su naturaleza jurídica como

⁷⁹ Así lo apunta, GALÁN BIOQUE, R., "El derecho a una buena administración...", cit, p. 195: quién resalta la importancia del respeto al Derecho comunitario, pero señala la carencia en la UE de una legislación administrativa general.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ LORENZO DE MEMBIELA, J. B., "La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, junio de 2007, p. 446.

⁸² En virtud que todo el contenido del derecho a la buena administración está reconocido en los tratados o en la jurisprudencia del TJUE. *Vid.*,

derecho fundamental o principio general del derecho y, lo relativo a su ámbito de aplicación.

Por lo que abordaremos tal aspecto, con el planteamiento de una interrogante, ¿Es la buena administración un derecho fundamental?

Una cuestión que debe quedar fijada, antes de continuar analizando el reconocimiento de la buena administración como derecho fundamental, es lo que entendemos por derechos fundamentales y las garantías o mecanismos para su protección. Comenzaremos recordando que se denominan como fundamentales⁸³, aquellos derechos que se encuentran

NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y la protección de datos...", cit, p. 415.

⁸³ Conviene asimismo recordar, la diferencia terminológica entre derechos fundamentales y derechos humanos. De la primera forma se designa a los derechos positivados a nivel interno, principalmente en las constituciones; y la acepción derechos humanos, es la más usual en instrumentos de carácter internacional como declaraciones y tratados internacionales y hace referencia a derechos garantizados por normas internacionales, teniendo como fuente de producción a los Estados y organismos internacionales. Por lo que la diferencia existente entre ambos términos se da dentro del ámbito normativo. Vid., DURAN RIBERA, W., Principios, Derechos y Garantías Constitucionales, Editorial El País, primera edición, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2005, p. 100. Sobre esta distinción encontramos ejemplos en algunos instrumentos internacionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la CADH y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, usan el término: "derechos humanos". De incorporación más reciente a los anteriores instrumentos, la CDFUE, usa los términos "derechos y libertades fundamentales". El CEDH, usa ambos términos. Otras acepciones las encontramos en distintas normas constitucionales. En Latinoamérica, la Constitución chilena utiliza los conceptos "derechos", (art. 1 inc. 1); "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", (art. 5 inc. 2), y, también "derechos humanos", (art. 9). A su vez, se refiere a "derechos constitucionales" el encabezamiento del art. 19. El cap. VII de la Constitución de la República de Cuba, establece la terminología: "Derechos, deberes y garantías fundamentales". Encontramos otros ejemplos en el derecho europeo continental. Así, la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, de 23 de mayo de 1949, en su capítulo primero, utiliza el término "De los derechos fundamentales" (Die

reconocidos en las constituciones internas de los Estados, tomando como fuente de producción al legislador constituyente y que su protección se realiza principalmente por vía jurisdiccional⁸⁴. Bajo la expresión "derechos fundamentales" se

Grundrechte). En esa misma línea, en el Título I de la Constitución española, de 27 de diciembre de 1978, que refiere: "De los derechos y deberes fundamentales". Al respecto, PÉREZ LUÑO al hacer una delimitación conceptual sobre los derechos humanos, expresa que el término derechos fundamentales, aparece en Francia con el movimiento político que condujo a la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789. Posteriormente, el término alcanzó especial importancia en la Constitución alemana de 1949, con la expresión Die Grundrechte. Vid., PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, sexta edición, p. 30 y ss. No obstante lo apuntado, TRAVIESO, J., *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, segunda edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 218 y ss.: nos recuerda la existencia de un problema. Denominar como "fundamentales" a algunos derechos induce prima facie a cuestionar a los demás. Se corre el riesgo también de incluir algunos y excluir a otros y establecer jerarquías entre los mismos.

⁸⁴ La principal forma que el Estado tiene para tutelar nuestros derechos es a través de la protección jurisdiccional. Los jueces son los garantes por excelencia de los derechos fundamentales. En el ejercicio de la función de juzgar y ejecutar lo juzgado los tribunales reconocen, declaran, preservan y restablecen los derechos de los habitantes. Así, el art. 172 CS, que establece: "La Corte Suprema de Justicia, las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias, integran el Órgano Judicial. Corresponde exclusivamente a este Órgano la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley". Por lo que el principal mecanismo de protección de los derechos fundamentales lo realizan los tribunales de justicia. Los jueces están obligados a interpretar la ley conforme a la Constitución y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En ese sentido, el art. 172 inc. segundo CS, que dispone: "Los Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes". En esa línea la CADH, establece en su art. 25.1 sobre la protección judicial, que: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal

designa a los derechos garantizados por la Constitución. Como es sabido, debido a la íntima relación que existe entre los derechos fundamentales y la dignidad humana, es que éstos tienen reconocido en el ordenamiento jurídico el máximo nivel de protección y garantía⁸⁵.

Precisamente, éstos derechos son de aplicación directa, vinculan a todos los poderes públicos, y solo por ley, -que en todo caso deberá respetar su contenido esencial- podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades. En definitiva: "son una limitación interna y estructural al ejercicio de poder soberano y una habilitación a su regulación por ley"⁸⁶. Así decimos, que para el cumplimiento de un Estado constitucional de Derecho, es preciso que los preceptos constitucionales que regulan los derechos fundamentales vinculen a todos los poderes públicos y a los particulares; y, se construyan mecanismos internos eficientes e inmediatos para su protección⁸⁷.

violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

⁸⁵ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., (Coord.), et. al., en la voz "Derechos fundamentales", Diccionario jurídico, cuarta edición, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2006.

⁸⁶ El argumento corresponde a GARCÍA ROCA, J., El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, primera edición, Cuadernos Civitas, Navarra, 2010, p. 67.

⁸ Es conocido el hecho que incorporar en el texto constitucional un catálogo de derechos no garantiza per se, su inviolabilidad; pero sí que la constitucionalización de derechos, conlleva la obligación del Estado de instaurar un mecanismo efectivo para su protección. En ese sentido, PACHECO, M., "Los Derechos fundamentales de la persona humana", en AA.VV., Estudios básicos de Derechos Humanos, tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1995, p. 95: ha manifestado que "la garantía de los derechos humanos tiene como requisito, no solo la existencia de normas positivas que los enuncien sino también la de instrumentos jurídicos para defenderlos y órganos estatales que los hagan valer". La Constitución salvadoreña establece el sometimiento de los poderes públicos al derecho vigente, en su art. 86 inc. tercero; en el art. 235 CS regula el sometimiento de los funcionarios a los preceptos constitucionales; en el caso de los particulares, el texto

Justamente, el reconocimiento de esos derechos no solo se produce a nivel constitucional, sino también internacional. Por lo que ahora, se dice que los Estados deben adecuar su organización y actuación en relación al respeto y garantía de los derechos y libertades de los individuos *secundum Conventionem*, es decir, con base a una garantía universal de protección .

Fue a través del juez comunitario que se estableció la relación entre el deber y el principio de buena administración⁸⁹. A

constitucional hace expresa relación al sometimiento de las personas a la ley en el art. 8; y, en el caso de los extranjeros que residan en el país, el artículo 96 CS establece un especial deber de sujeción a la misma. La CS establece además, funciones específicas encomendadas a los principales órganos del Estado. Así, la Asamblea Legislativa tiene como función principal la creación de normas protectoras de los derechos fundamentales; a la Administración Pública le corresponde: la aplicación y ejecución de las leyes para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas; y la función encomendada al Órgano Judicial: administrar justicia en las diferentes materias; esta última como un mecanismo de protección de derechos. Sobre las funciones de los principales Órganos del Estado, en el orden enunciado, véase: art. 131 núm. 5, art. 168 núm. 14 y art. 172 CS. Además, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNANDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo II*, undécima edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2008, p. 58 y ss: manifiestan que solo a este catálogo de derechos, se reconoce su "operatividad fundamental" en dos efectos que son la tutela por el Tribunal constitucional y superrigidez en caso de reforma constitucional. Tales efectos reconocidos específicamente en los arts. 247 y 248 CS, que establecen -el primero- la facultad de pedir amparo o habeas corpus por violación de los derechos que otorga la Constitución. Y, el art. 248, el procedimiento para reformar la Constitución.

⁸⁸ El postulado corresponde a GARCÍA ROCA, J., "El margen de apreciación nacional...", loc. cit, pp. 68- 70: quien además nos recuerda que la constitución portuguesa en su art. 16.2 y la española en su art. 10.2, reconocen la armonía que debe existir, en materia de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, entre la norma constitucional y los instrumentos internacionales. En el espacio europeo, tenemos el ejemplo en la CDFUE y el CEDH.

⁸⁹ Puede verse, PAREJO ALONSO, L., et. al., *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 84- 86.

pesar de lo anterior, de su contenido no cabe extraer la afirmación que se trata de un verdadero principio general del Derecho comunitario, ya que su invocación por los órganos judiciales comunitarios, es en términos muy amplios e indeterminados y siempre en relación con otros principios de carácter procedimental, que se plantea como un factor decisorio en la evolución, progreso y sistematización del Derecho Administrativo Comunitario⁹⁰.

Ahora bien, se ha establecido que precisamente la buena administración, ha sido reconocida por el recién llamado Derecho Administrativo Europeo, como un principio común, que formaba parte de las tradiciones y la cultura jurídica europea⁹¹. Así, el principio de buena administración indica que es necesario no solo que la Administración limite sus poderes en beneficio de la persona o cumpla su cometido, sino también garantizar la efectividad de los derechos de los ciudadanos, a través de la mejora continua de los servicios y actividades que realiza, conforme a estándares objetivos y compromisos públicos de calidad⁹².

Por tanto, para conseguir una buena administración, no solo se debe partir de las garantías jurídicas tradicionales, sino aumentar la calidad de los servicios y actividades que la Administración presta. De ahí que la Administración deba de someterse a una serie de controles internos para garantizar esta calidad en los servicios que presta; lo que se refleja además nuevas transformaciones en su organización, el régimen de su actividad y su control en general.

Ibíd., notas al pie núm. 121- 125, p. 85.

⁹¹ Puede verse GALERA RODRIGO, S., "El derecho a una buena administración", ob., cit., p. 1460. Además, Tal ordenamiento considerado en formación, ya que aún no ha desarrollado completamente los dos ejes fundamentales sobre los que se desarrollaron los ordenamientos nacionales que son la sujeción del poder público al ordenamiento y el sistema de garantías de los ciudadanos cuando se relacionan con aquel. Ibíd., p. 1462.

⁹² Así, en SÁNCHEZ MORÓN, M., "Derecho Administrativo...", op. cit., p. 64.

En relación a lo antes dicho, el TPI en el asunto Tillack c. Comisión⁹³, estableció la doctrina que deja clara la eficacia jurídica de la buena administración⁹⁴. Así, estableció que el principio de buena administración, no confiere per se derechos a los particulares sino en la medida que constituya la expresión de derechos específicos como los derechos de toda persona que se traten sus asuntos con imparcialidad, equitativamente y en un plazo razonable, a ser oída y a acceder al expediente o el derecho a motivación de las decisiones que le afecten. Por lo demás, el propio TPI en el asunto Hoechst c. Comisión⁹⁵, confirma su jurisprudencia en el anterior sentido, estableciendo la importancia y la obligación de la Comisión Europea, en los procedimientos administrativos que ejecute, de respetar el principio de buena administración y de igualdad de trato, que también consideró violado en ese asunto⁹⁶.

Como hemos visto en los dos casos expuestos, el TPI estableció que la buena administración es un principio. Pero debemos aclarar que la noción de principio en el ámbito europeo, no equivale a la de derecho, ya que así como los derechos subjetivos deben respetarse, los principios tan solo deben observarse⁹⁷. Por lo anterior a los principios implica reconocerles utilidad solamente como criterio de interpretación a posteriori de los actos comunitarios, pero no como fuente de derechos

⁹³ STPI, asunto Tillack vs. Comisión, núm. T- 193/044, de octubre de 2006.

⁹⁴ Citado por FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El derecho a la buena administración...", cit., pp. 150 y 151.

⁹⁵ STPI, asunto Hoechst vs Comisión, núm. T- 410/03, de 18 de junio de 2008.

⁹⁶ Citado por FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El derecho a la buena administración..." /cit., pp. 150 y 151.

⁹⁷ Vid., GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., "La efectividad de los derechos fundamentales en el plano internacional: la ejecución en España de los dictámenes y decisiones internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales"; en DE LA OLIVA, A., (Dir.), *La justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 363.

inmediatos a acciones positivas por parte de las instituciones comunitarias⁹⁸.

En el caso del derecho en estudio, tradicionalmente se conocía en el ámbito jurisprudencial como el principio de buena administración, ya que los Tribunales europeos no podían haber realizado la mutación del mismo como un derecho subjetivo de los ciudadanos, porque tal labor es exclusiva del legislador europeo⁹⁹.

Otra aproximación para la distinción entre derechos y principios es la señalada por MELLADO RUIZ¹⁰⁰, quien apunta que podemos entender que derechos fundamentales son los recogidos en la Carta, y principios generales los no asumidos formalmente, aunque por su contenido y ubicación formal pueden ser igualmente derechos fundamentales. Como dice el autor: "los primeros son Derecho originario, y se imponen sobre los ordenamientos internos, y los segundos forman parte, como meros principios generales, del Derecho derivado de la Unión" .

Así la buena administración da un aporte relevante como herramienta de interpretación e integración y principalmente como mecanismo de garantía de los administrados, es decir, como "auténticos parámetros materiales de garantía procedimental"¹⁰².

Hace un par de años, el Tribunal de Justicia se enfrentó a una falta de unanimidad sobre la naturaleza de la buena administración. La dicotomía se produjo entre considerarla como

⁹⁹ FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El derecho a la buena administración...", ob. cit.,p. 137.

¹⁰⁰ MELLADO RUIZ, L., "Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho Comunitario: instrumentos de garantía frente a la comunitarización de los procedimientos", en Revista española de Derecho Europeo, núm. 27, Thomson- Civitas, julio- septiembre de 2008, p. 299.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² *Ibíd.*,p.302.

un derecho subjetivo o un principio general del derecho, a pesar de lo plenamente establecido en el art. 41 CDFUE.

Tal situación se dio específicamente en el asunto *Max Mobil Telekomunikation c. Comisión*, en el que por un lado el TPI, reconoce la buena administración como derecho subjetivo¹⁰³, aunque desestima la pretensión de la demandante. Por otro lado, el TJCE en virtud de un recurso de alzada del mismo caso, revocó la STPI, diciendo respecto a la buena administración, que se trataba de un principio general del derecho comunitario, sin reconocerle por tanto la categoría de derecho subjetivo, que le había dado el TPI¹⁰⁴.

Respecto a esa sentencia, al igual que NIETO GARRIDO¹⁰⁵, no compartimos la opinión del Tribunal de Justicia, porque el art. 41 CDFUE, reconoce la buena administración, como derecho fundamental, al hacer relación del mismo expresamente como tal. Creemos que en definitiva, la buena administración debe ser considerada como un derecho con valor jurídico propio, es decir, exigible de manera directa, dado a la vinculación actual de la CDFUE, ya que el Derecho europeo vincula a los Estados miembros.

Para finalizar este apartado, se hará unas consideraciones sobre si en el ordenamiento jurídico español, la buena administración puede ser considerada como derecho fundamental.

Partimos del hecho que la Constitución española de 1978, no reconoce la buena administración como bien jurídico o

¹⁰³ STPI, asunto *Max Mobil Telekomunikation c. Comisión*, núm. T- 54/99, de 30, de enero de 2002, citada por NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración...", cit, p. 413.

¹⁰⁴ STJCE, *Max Mobil Telekomunikation c. Comisión*, Asunto C- 141/02, de 22 de febrero de de 2005, citada por NIETO GARRIDO, E., *ibíd.*, p. 413.

¹⁰⁵ NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y la protección de datos de carácter personal...", cit., pp. 422- 424.

derecho fundamental de manera expresa. A pesar de ello, si encontramos referencia a la misma de forma implícita, cuando determina la manera de actuar de las Administraciones públicas, es decir, los mandatos sobre cómo desarrollar la función administrativa. Las disposiciones específicas son los arts. 9.3, 31.2 y 103 CE, que en resumen, establecen que las Administraciones públicas sometan su actuación a los fines que las justifican.

Ciertamente, nos encontramos que a diferencia de lo que sucede en la CE, la CDFUE no clasifica los derechos y libertades en categorías, y por tanto no otorga garantías de diferente naturaleza¹⁰⁶. En el ordenamiento jurídico español se hace la distinción entre derechos fundamentales y meros derechos subjetivos. Así, los derechos fundamentales pueden ser definidos como los derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, siempre que en ésta se dote a aquéllos de las garantías típicas de vinculación del legislador y tutela judicial.

De esta forma, los derechos fundamentales se distinguen de los meros derechos subjetivos en que éstos, pese a ser exigibles ante los tribunales, no vinculan al legislador, por lo que en principio podrían ser suprimidos por ley. Además, los simples derechos subjetivos carecen del llamado carácter objetivo, así como del conjunto de garantías adicionales (Defensor del Pueblo, preferencia y sumariedad, recurso de amparo), exclusivas de todos o alguno de los derechos fundamentales¹⁰⁷.

Con base a esta postura, que resume toda la doctrina española del reconocimiento de los derechos fundamentales, se podría establecer que la buena administración en el ordenamiento jurídico español no puede ser reconocido como fundamental, ya que necesitaría ser taxativamente incorporado como tal, para ser

¹⁰⁶ LINDE PANIAGUA, E., et. al., Principios de Derecho de la Unión Europea, tercera edición, Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 162.

¹⁰⁷ Vid., ESCOBAR ROCA, G., "Derechos Fundamentales: Una aproximación general", en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Alcalá de Henares, núm. 8, 1998- 1999, p. 133.

objeto de la tutela constitucional especial que enuncia el art. 53.2 CE.

CAPITULO II.

LA CONCRECIÓN DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL Y SU MANIFESTACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SALVADOREÑO

"...al fin y al cabo, actuar sobre la realidad y cambiarla, aunque sea un poquito, es la única manera de probar que la realidad es transformable" (Eduardo Galeano).

A. La definición de la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Hay que advertir que el estudio que a continuación se presenta sobre la CDFUE, únicamente se abordará desde la perspectiva del reconocimiento a la buena administración como derecho fundamental. Ya que como lo pusiera de manifiesto GARCÍA ROCA¹⁰⁸, es demasiado pronto para resolver sin errores todas las incógnitas que plantean las transformaciones que suscita la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa.

Hecha esa aclaración, comenzaríamos diciendo que la CDFUE representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la UE. Compila por vez primera en el ordenamiento jurídico europeo un único instrumento, donde se reconoce y garantiza los derechos fundamentales clásicos, como los civiles y políticos, o los derechos económicos y sociales¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Debe verse GARCÍA ROCA, J., "El margen de apreciación nacional...", loc. cit, p. 348.

¹⁰ La Carta incluye un preámbulo introductorio y 54 artículos distribuidos en 7 capítulos. El que más nos interesa a los efectos del objeto de nuestro estudio, es el Capítulo V, referido a la "Ciudadanía", que incluye: derecho a

La CDFUE que fue un verdadero avance en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea¹¹⁰. A diferencia de lo que sucede en la

ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo; derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales; derecho a una buena administración; derecho de acceso a los documentos; derecho a denunciar ante el Defensor del Pueblo; derecho de petición; libertad de circulación y de residencia; protección diplomática y consular.

¹¹⁰ Tal como se establece en su Preámbulo, la CDFUE, se basa en los derechos y libertades fundamentales, así como los principios reconocidos por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea; el Tratado de la Unión Europea; los Tratados comunitarios; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa; así como por la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. Los derechos reconocidos en la misma, se agrupan en seis grandes capítulos: Dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. La CDFUE, recoge en un único texto, por primera vez en la historia de la Unión Europea, el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y de todas las personas que viven en el territorio de la Unión. Asimismo, enumera los derechos de los ciudadanos europeos frente a los poderes de la Unión y frente a los Estados cuando aplican el Derecho europeo. Vid., Comisión Europea, "Derechos fundamentales: La Unión Europea declara su compromiso con la libertad, la democracia y el Estado de Derecho", Unidad de Información y Comunicación, publicación de Dirección General Justicia, Libertad y Seguridad, Bruselas, octubre de 2004, p. 1 y ss. Puede verse una serie de posturas a favor de la Carta de Niza durante su aprobación. P. ej., el señor Jacques Chirac, Presidente del Consejo Europeo, comentó: "En Niza hemos proclamado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Este texto posee un gran valor político; en el futuro se apreciará todo su alcance. Rindo homenaje a esta Asamblea, que ha contribuido en gran medida a su elaboración". (Estrasburgo, 12 de diciembre de 2000). En el mismo sentido la señora Nicole Fontaine, Presidenta del Parlamento Europeo, también acotó: "Firmar es comprometerse (...), que todas las ciudadanas y los ciudadanos de la Unión sepan que, desde ahora (...), la Carta será la ley de esta Asamblea (...). En adelante, la Carta será nuestra referencia para todos los actos del Parlamento Europeo que afecten directa o indirectamente a los ciudadanos de toda la Unión". (Niza, 7 de diciembre de 2000). El señor Romano Prodi, Presidente de la Comisión Europea, dijo: "Para la Comisión, la proclamación marca el momento en que las

constitución española, la CDFUE no clasifica los derechos y libertades en categorías, y por tanto no otorga garantías de diferente naturaleza¹¹¹.

Instituciones se comprometen a respetar la Carta en todas las acciones y políticas de la Unión (...). Los ciudadanos y las ciudadanas pueden contar con la Comisión para hacer que se respete (...)" (Niza, 7 de diciembre de 2000). Debe verse "Declaraciones de los Presidentes del Consejo Europeo, del Parlamento Europeo y de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales", en el sitio: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_es.htm#declarations. (Consultado el 20 de noviembre de 2009). No obstante lo apuntado, muchos autores se muestran críticos a la CDFUE. Así, p. ej., BIGLINO CAMPOS, P. "Derechos fundamentales en la Unión y en los Estados miembros: algunos problemas de conexión", en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, núm. 69, septiembre- diciembre 2003, p. 387: ha manifestado que, "La redacción de la Carta tampoco supuso una profunda innovación en la evolución que los Derechos fundamentales ha experimentado en el ámbito de la Unión Europea. Es cierto que, por primera vez, se enumeran los derechos de los ciudadanos europeos frente a los poderes de la Unión y frente a los Estados cuando aplican el Derecho europeo, pero éstos estaban ya presentes, desde hacía décadas, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad". Otros han añadido que la CDFUE agravaba los problemas de la construcción política de la UE, estableciendo que: "... el CEDH es un texto técnicamente superior a la CDFUE como parece igualmente claro que la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del TEDH es de mayor calidad que el del Tribunal de Justicia". Cfr., RUIZ MIGUEL, C, "El largo y tortuoso camino hacia la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en RUIZ MIGUEL, C, (Coord.), Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 50 y 51. Otros análisis negativos en relación a la CDFUE los encontramos en LIMA TORRADO, J., La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico de sus objetivos y de la concreción normativa de los mismos, en Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, núm. 18, 2001, pp. 323 y ss.

¹¹¹ LINDE PANIAGUA, E., et. al., Principios de Derecho de la Unión Europea, tercera edición, Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 162. Hay que tener en cuenta que en el ordenamiento jurídico español, se hace la distinción entre derechos fundamentales y meros derechos subjetivos. Así, los derechos fundamentales pueden ser definidos como los derechos subjetivos reconocidos en la Constitución, siempre que en ésta se dote a aquéllos de las garantías típicas de vinculación del legislador y tutela judicial. De esta forma, los derechos fundamentales se distinguen de los meros derechos subjetivos en que éstos, pese a ser exigibles ante los

Un aspecto importante sobre la vigencia de la CDFUE es que proclama otros derechos que no figuran en el CEDH¹¹². Nos referimos a la protección de datos (art. 8 CDFUE), bioética (art. 3 CDFUE) y derecho a una buena administración (art. 41 CDFUE); y, consolida medidas contra la discriminación por razón de sexo, raza y color (capítulo 3: Igualdad).

Hasta antes del Tratado de Lisboa, los ciudadanos europeos no se encontraban desprotegidos, porque disponían de las facultades reconocidas en los Tratados y de aquellas que el

tribunales, no vinculan al legislador, por lo que en principio podrían ser suprimidos **por** ley. Además, los simples derechos subjetivos carecen del llamado carácter objetivo, así como del conjunto de garantías adicionales (Defensor del Pueblo, preferencia y sumariedad y recurso de amparo), exclusivas de todos o de alguno de los derechos fundamentales. Vid., ESCOBAR ROCA, G., "Derechos Fundamentales: Una aproximación general", en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Alcalá de Henares, núm. 8, 1998- 1999, p. 133. Por su lado la Constitución salvadoreña no establece distinciones entre los mecanismos de protección de los derechos reconocidos, por lo que éstos son objeto de igual protección de la jurisdicción constitucional. Así, el art. 2.1 CS establece: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos".

¹¹² El art. 6 TUE en su apartado 2, precisa que "la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados". Esta disposición se encuentra desarrollada en el Protocolo núm. 8, denominado Sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al CEDH. Este instrumento indica que el acuerdo de adhesión debe precisar, en particular las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo y los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos. Dice además que la adhesión no afectará las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Información disponible en el sitio oficial de la UE en: http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/rights_values/index_es.htm. (Consultado el 19 de enero de 2010).

Tribunal de Justicia fue incorporando al ordenamiento jurídico comunitario a través de su jurisprudencia, ya que sin duda la mejor garantía de la posición de los ciudadanos en la UE sigue siendo la protección que el Tribunal de Luxemburgo brinda a los derechos fundamentales¹¹³.

Se ha dicho además, que la adquisición de plena eficacia de la CDFUE podría incidir en la estructura que los derechos fundamentales tiene en cada uno de los países de la Unión Europea donde están sistematizados con características propias. Esto porque la intervención del Tribunal de Justicia acentuaría algunos derechos en conflicto limitando otros de la misma naturaleza, ya que su actuación iría enmarcada en una declaración de derechos distinta a la recogida por los ordenamientos nacionales, y su intervención podría generar desequilibrios y contradicciones en el seno de los ordenamientos internos¹¹⁴. Lo planteado será el derrotero de la nueva jurisprudencia europea en relación al derecho a la buena administración.

Pasemos ahora a delimitar el contenido de nuestro derecho en estudio.

La CDFUE ha incluido la buena administración en su art. 41, el cual lleva por título "Derecho a una buena administración" y establece: "1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. 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 le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al

¹¹³ BIGLINO CAMPOS, P., "La evolución de los derechos fundamentales en la Comunidad, Europa: Algunos aspectos federales", en ALONSO MARTÍNEZ, J. M., y HERRERO DE LA FUENTE, A. A., (Coords.), El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957- 2007), un balance socio económico de la integración europea, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 59 y 60.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 64.

expediente que le afecte, 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. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad 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 los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua".

Esta primera lectura del art. 41 CDFUE, sugiere que el precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos de manera general, tienen en sus relaciones con la Administración pública. La incorporación en la Carta de Niza del derecho a la buena administración, implicó el reconocimiento de un nuevo derecho de los ciudadanos, y enfrentarse a la disyuntiva de cómo hacer viable y efectivo el cumplimiento de este derecho reconocido como fundamental. La CDFUE desarrolla el derecho en estudio con cierta precisión. Este derecho, pone una serie de reglas o exigencias a la que están sometidas las instituciones de la UE que inciden de manera directa y significativa en la relación que deben tener con las personas.

Al prestar atención el contenido del derecho a la buena administración reconocida en la CDFUE, observamos que incluye tres derechos, pero que el primero de ellos se subdivide a su vez en otros tres¹¹⁵. Es así como el apartado 1 del art. 41 de la Carta, ha sido utilizado por el Tribunal de Justicia para controlar las providencias dictadas por la Administración europea en el ejercicio de sus potestades discrecionales. Incluye este primer inciso el principio de diligencia en el tratamiento de los asuntos y motivar las decisiones administrativas.

¹¹⁵ Seguiremos en este planteamiento a NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y la protección de datos...", cit., pp. 416 y ss.

Para analizar de una mejor manera esta parte de la disposición citada, resulta importante delimitar su contenido a través del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (en adelante CEBCA)¹¹⁶, al cual dedicaremos unas líneas más adelante, pero para efectos de esta delimitación comentaremos algunas disposiciones. Es precisamente a partir del art. 5 CEBCA, que se asigna a los funcionarios de la UE la obligación de tratar con igualdad al público, evitando cualquier discriminación. Asimismo, los arts. 6, 7, 8 y 9 CEBCA, imponen a los funcionarios europeos el deber de adoptar en sus decisiones los principios de proporcionalidad¹¹⁷, prohibición de abuso de poder¹¹⁸, la imparcialidad e independencia en la actuación del funcionario y la objetividad en la adopción de sus

¹¹⁶ El CEBCA, aprobado por la Comisión Europea, Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, 13 de septiembre de 2000. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con el número DO L 267, de 20 de octubre de 2000. Una versión digital del CEBCA en el sitio: <http://www.ombudsman.europa.eu/code/es/default.htm>. (Consultada el 24 de abril de 2010). Sobre el CEBCA el Defensor del Pueblo Europeo ha dicho: "El Defensor del Pueblo, por tanto, toma en consideración las reglas y principios contenidos en el Código al examinar los casos de mala administración, ya que el Código pretende concretar en la práctica el derecho a una buena administración establecido en la Carta". Información disponible en el sitio web: <http://www.ombudsman.europa.eu/code/es/default.htm#top>. (Consultada el 23 de abril de 2010).

¹¹⁷ Establece el art. 6 CEBCA: "1. Al adoptar decisiones, el funcionario garantizará que las medidas adoptadas sean proporcionales al objetivo que se persigue. En particular, el funcionario evitará restringir los derechos de los ciudadanos o imponerles cargas cuando estas restricciones o cargas no sean razonables con respecto al objetivo perseguido. 2. Al adoptar decisiones, el funcionario respetará el justo equilibrio entre los intereses individuales y el interés público general".

¹¹⁸ Dice el art. 7 CEBCA, con el acápite "Ausencia de abuso de poder", que: "Los poderes se ejercerán únicamente con la finalidad para los que han sido otorgados por las disposiciones pertinentes. En particular, el funcionario evitará utilizar dichos poderes para objetivos que no posean fundamento legal o que no estén motivados por un interés público".

¹¹⁹ Así lo dispone el CEBCA, en el art. 8, que: "1. El funcionario será imparcial e independiente. El funcionario se abstendrá de toda acción

decisiones¹²⁰. Todas estas actuaciones deben ser inspiradas por el principio de cortesía que implica que el funcionario sea diligente, correcto, cortés y accesible en sus relaciones con el público¹²¹.

Señala FUENTETAJA PASTOR¹²², que este derecho se encuentra conectado directamente con los arts. 20 y 21 CDFUE, relativos al derecho a la igualdad y no discriminación, ya que este tiene relación con la obligación de los funcionarios de la Unión de poner en conocimiento de la Administración si en el ejercicio de sus funciones, pueda encontrarse con un asunto en cuya solución tuviere un interés personal (art. 14 Estatuto de Funcionarios Europeos). Por último el art. 11 CEBCA establece la obligación de los funcionarios de actuar de manera imparcial, justa y razonable, que equivaldría al tratamiento equitativo establecido en el art. 41.1 CDFUE.

El tratamiento de los asuntos en un plazo razonable, proviene de la idea de que una administración lenta es una mala administración¹²³. El art. 17 CEBCA establece que el plazo razonable en el Derecho comunitario para dar respuesta a una petición (solicitud o reclamación) debiera ser antes de dos meses,

arbitraria que afecte adversamente a los miembros del público, así como de cualquier trato preferente por cualesquiera motivos. 2. La conducta del funcionario nunca estará guiada por intereses personales, familiares o nacionales, ni por presiones políticas. El funcionario no participará en una decisión en la que él mismo, o un familiar cercano, tenga intereses económicos".

¹²⁰ Dispone el art. 9 CEBCA con el acápite "Objetividad": "Al adoptar decisiones, el funcionario tendrá en cuenta los factores relevantes y otorgará a cada uno de los mismos su propia importancia en la decisión, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante".

¹²¹ Cfr., art. 12 CEBCA. *t*

¹²² FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El derecho a la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales...", cit., p. 145.

¹²³ Dictamen del Abogado General JACOBS en el asunto C- 270/99 Z c. Parlamento, párr. 40, citada por NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y la protección de datos...", cit., p. 417, nota al pie 18.

a partir de la fecha de recepción, pudiendo ampliarse de manera motivada por la complejidad del caso . Es precisamente en este último apartado el que se encuentra ligado a la idea de buena administración de justicia, que como veremos más adelante en este estudio, también fue abordado por el TEDH.

Los otros tres derechos contenidos en el apartado 1 del art. 41 CDFUE, son en primer lugar el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Esta disposición se encuentra contenida en la mayoría de los sistemas jurídicos como regla de defensa. El trámite de audiencia es esencial dentro de un procedimiento administrativo para permitir el derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que se constituye como una garantía formal. Se recoge en los arts. 105 c) CE y 11, 12 y 14 CS¹²⁵. En el contorno europeo en el art. 6 CEDH¹²⁶. Así, en el sistema americano encontramos similar disposición bajo el epígrafe "garantías judiciales", en el art. 8 CADH. Este derecho ha sido desarrollado en el art. 16 CEBCA, como la facultad de presentar alegaciones y audiencia a los interesados .

¹²⁴ Tal disposición del CEBCA tiene su antecedente en la jurisprudencia del TJCE en el asunto 120/73 Gebrüder Lorenz GmbH c. la República Federal de Alemania, párr. 4, citada por NIETO GARRIDO, E., *ibíd.*, p. 417, nota al pie 19.

¹²⁵ Vid., GALÁN BIOQUE, R., "El derecho a una buena administración...", *cit.*, p. 195.

¹²⁶ Continuamos siguiendo la estructura propuesta por NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y la protección de datos...", *cit.*, p. 417 y ss.

¹²⁷ Dispone el art. 16 CEBCA: "Derecho a ser oído y a hacer observaciones. 1. En aquellos casos que incumban a los derechos o intereses de ciudadanos, el funcionario garantizará que en todas las fases del proceso de toma de decisiones, se respeten los derechos a la defensa. 2. Todo miembro del público tendrá derecho, en aquellos casos en los que deba adoptarse una decisión que afecte a sus derechos o intereses, a presentar comentarios por escrito y, en caso necesario, a presentar observaciones orales, con anterioridad a la adopción de la decisión".

En segundo lugar, siempre en el apartado 1, encontramos el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Este derecho encuentra su desarrollo en el art. 23 CEBCA, que establece el deber del funcionario de tratar las solicitudes de acceso a documentos de la Institución de conformidad con las normas aprobadas por la Institución y de los principios y límites generales establecidos en el Reglamento (CE) núm. 1049/2001 . El derecho de acceso a la información por su lado, implica que el funcionario responsable deberá proporcionar al público la información solicitada de forma clara y comprensible, asesorándolo cómo pedir la información o indicando a quien debe dirigirse. Estas reglas se encuentran plasmadas en el art. 22 CEBCA¹²⁹.

Para finalizar con el apartado 1, tenemos: la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. La

¹²⁸ DO L 145, de 31 de mayo de 2001, p. 43.

¹²⁹ Dispone el CBCA, en su art. 22: "1. El funcionario, cuando sea responsable del asunto de que se trate, facilitará a los miembros del público la información que soliciten. Cuando sea conveniente, el funcionario aconsejará cómo iniciar un procedimiento administrativo en el ámbito de su competencia. El funcionario velará por que la información que se comunique resulte clara y comprensible. 2. En caso de que una solicitud oral de información sea demasiado complicada o demasiado extensa para ser tratada, el funcionario indicará a la persona afectada que formule su petición por escrito. 3. En caso de que, por su confidencialidad, un funcionario no pudiera revelar la información solicitada, de conformidad con el artículo 18 del presente Código indicará a la persona afectada los motivos por los que no puede comunicar la información". 4. En caso de solicitudes de información sobre cuestiones de las que no sea responsable, el funcionario dirigirá a la persona que presente la solicitud a la persona competente, indicándole su nombre y número de teléfono. En caso de solicitudes de información que afecten a otra Institución u organismo comunitario, el funcionario dirigirá al peticionario a dicha Institución u organismo. 5. En su caso, el funcionario, dependiendo del tema de la solicitud, dirigirá a la persona que trata de obtener la información al servicio de la Institución competente para facilitar información al público".

necesidad de motivar las resoluciones administrativas, resulta especialmente relevante cuando la Administración europea ejerce potestades discrecionales, por tener amplia libertad para decidir. Así, la falta o insuficiente motivación deberá acarrear la anulación inmediata del acto¹³⁰. Este deber se explica según NIETO GARRIDO¹³¹, como la obligación de la Administración europea de explicar la ratio decidendi de su fallo, es decir, que explique el porqué de su decisión, lo que conlleva a motivar cada decisión que las agencias y organismos de la UE adopten. Esto encuentra su desarrollo en el art. 18 del CEBCA, que establece el deber de las Instituciones de indicar los motivos de las decisiones que tomen¹³².

Pasemos ahora al segundo apartado del art. 41 CDFUE. Tal disposición establece que: "Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad 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". Lo que viene a significar este apartado, es el derecho a percibir una indemnización por daños

¹³⁰ La obligación de motivación de las resoluciones administrativas constituye una garantía para los particulares porque les permite conocer las razones que han llevado a la Administración a dictarlas. Su ausencia causa indefensión por carecer de argumentos para impugnarlas. Puede verse, GALÁN BIOQUE, R., "El derecho a una buena administración...", cit, p. 196.

¹³¹ NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y la protección de datos...", cit., p. 419.

¹³² Dispone el Código: " 1. Toda decisión de la Institución que pueda afectar adversamente a los derechos o intereses de una persona privada deberá indicar los motivos en los que está basada, exponiendo claramente los hechos pertinentes y el fundamento jurídico de la decisión. 2. El funcionario evitará adoptar decisiones basadas en motivos breves o vagos o que no contengan un razonamiento individual. 3. En el caso que, debido al gran número de personas afectadas por decisiones similares, no resultara posible comunicar detalladamente los motivos de la decisión, procediéndose por lo tanto a respuestas de tipo normalizado, el funcionario, en una fase subsiguiente, facilitará al ciudadano que expresamente lo solicite un razonamiento individual".

causados por las instituciones o agencias de la UE. Esto lo podríamos relacionar al art. 26 CEBCA que concluye estableciendo la posibilidad de presentar una reclamación ante el Defensor europeo de conformidad a la normativa europea y el EDP, por el incumplimiento de una institución o funcionario de los principios establecidos en él.

El apartado in fine del art. 41, se refiere al derecho de toda persona a "dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua". El apartado cuarto dispone que toda persona pueda dirigirse a las instituciones de la UE en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa lengua. Las lenguas oficiales de la UE en las que se puede ejercer este derecho, de los 27 Estados miembros son las 23 lenguas siguientes: alemana, búlgara, checa, danesa, eslovaca, eslovena, española, estonia, finesa, francesa, griega, húngara, inglesa, irlandesa, italiana, letona, lituana, maltesa, neerlandesa, polaca, portuguesa, rumana y sueca .

¹³³ Conforme al art. 41.4 CDFUE, se establece el imperativo que el peticionario "deberá" recibir una contestación, en contraposición del art. 21.3 TUE, el cual dispone que "podrá" recibir una contestación.

¹³⁴ El art. 55 TUE, establece: "1. El presente Tratado, redactado en un ejemplar único, en lenguas alemana, búlgara, checa, danesa, eslovaca, eslovena, española, estonia, finesa, francesa, griega, húngara, inglesa, irlandesa, italiana, letona, lituana, maltesa, neerlandesa, polaca, portuguesa, rumana y sueca, cuyos textos en cada una de estas lenguas son igualmente auténticos, será depositado en los archivos del Gobierno de la República Italiana, que remitirá una copia autenticada a cada uno de los Gobiernos de los restantes Estados signatarios. 2. El presente Tratado podrá asimismo traducirse a cualquier otra lengua que determinen los Estados miembros entre aquellas que, de conformidad con sus ordenamientos constitucionales, tengan estatuto de lengua oficial en la totalidad o en parte de su territorio. El Estado miembro de que se trate facilitará una copia certificada de estas traducciones, que se depositará en los archivos del Consejo". Sobre este punto, se critica la limitación de la utilización de todas las lenguas que en realidad se practican en la UE, que son muchas más que las oficiales que se han mencionado, o el hecho de no declarar como oficiales todas las lenguas que se hablan en la UE, ya que son varios millones de europeos que practican otras lenguas diferentes a las oficiales. A manera de ejemplo,

Como parte integrante de la disposición anteriormente vista, se agregan las explicaciones elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium¹³⁵ de la Convención que redactó la CDFUE. Estas explicaciones, per se no tienen rango legislativo, pero constituyen un valioso instrumento de interpretación, con el objeto de aclarar las disposiciones de la Carta¹³⁶. En relación al art. 41 CDFUE, se establece en las explicaciones del Praesidium, que se basa en la existencia de una comunidad de derecho y fue desarrollado por la jurisprudencia que consagró el principio de buena administración³⁷.

España con las lenguas de varias de sus comunidades autónomas: gallego, euskera, catalán; Francia: alsaciano, bretón, corso, occitano; inter alia. Al respecto, véase MIRALLES SANGRO, P. P., "La ciudadanía de la Unión Europea", en LINDE PANIAGUA, E., (Coord.), Políticas de la Unión Europea, quinta edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, p. 94.

¹³⁵ El Praesidium está integrado por el Presidente y los dos Vicepresidentes de la Convención y por nueve miembros de la misma: los representantes de todos los gobiernos que durante la Convención ostentarán la Presidencia de la Unión - España, Dinamarca y Grecia -, dos representantes de los parlamentos nacionales, dos representantes del Parlamento Europeo y dos representantes de la Comisión. El Praesidium debe desempeñar un papel impulsor y aportar a la Convención elementos básicos de trabajo. Información en el sitio: <http://european-convention.eu.int/praesidium.asp?lang=ES>. (Consultada el 20 de septiembre de 2009).

¹³⁶ En ese sentido, véase Consejo de la Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas al texto completo de la Carta, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2001.

¹³⁷ Las referidas explicaciones establecen que los dos primeros apartados del art. 41 de la Carta de Niza, se derivan de la jurisprudencia (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1987, asunto 222/86, Heylens, Rec. 1987, p. 4097, apartado 15; de 18 de octubre de 1989, asunto 374/87, Orkem, Rec. 1989, p. 3283; de 21 de noviembre de 1991, C-269/90, TU München, Rec. 1991, p. I-5469; y sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de diciembre de 1994, T-450/93, Lisrestal, Rec. 1994, p. II-1177; de 18 de septiembre de 1995, T-167/94, Nölle, Rec. 1995, p. II-258). El apartado 3 del artículo precitado, reproduce el derecho garantizado en el art. 288 TCE y el apartado 4 reproduce el derecho garantizado en el tercer párrafo del art. 21 del mismo Tratado. Por otro lado, de acuerdo con el apartado 2 del art. 52 CDFUE, estos derechos se aplicarán en las

Por ello, podría señalarse que la Carta, se convierte en el marco de referencia ineludible para muchos Estados, ofreciendo la base para convertir el derecho a la buena administración en principio rector de las modernas democracias y modelo a seguir para las Administraciones públicas. Constituye además, un paso significativo para modificar la percepción sociológica negativa que las administraciones públicas tienen, es decir, cambiar el paradigma de nuestra sociedad que identifica a la Administración pública como negligente e ineficiente.

Relación tiene para nuestros fines, detenernos un momento a analizar el nuevo art. 6 TUE según el cual se ratifica el carácter normativo y fundamental de los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE. En efecto, este conjunto de elementos prevalecen sobre los sistemas internos, por no ser ahora meros criterios orientativos para la aplicación de la legislación constitucional de los Estados, sino auténtico Derecho interno¹³⁸. Así, con base al art. 6.2 TUE es que la Unión Europea debe respetar los derechos fundamentales, obligando a sus instituciones a adoptar medidas o crear reglas destinadas a garantizarlos.

La UE ha demostrado de manera constante su compromiso en favor de la protección de los derechos fundamentales, como se materializó en el art. 6 TUE. En ese sentido la CDFUE constituye la esencia misma del acervo europeo en materia de derechos fundamentales¹³⁹, ya que reúne en un mismo texto, derechos hasta

condiciones y dentro de los límites determinados por los Tratados. Todo lo anterior puede ser consultado en el sitio: http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/nonn/Carta_DerechosFunUE.pdf. (Consultado el 31 de octubre de 2009).

¹³⁸ MELLADO RUIZ, L., "Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho Comunitario: instrumentos de garantía frente a la comunitarización de los procedimientos", en Revista española de Derecho Europeo, núm. 27, Thomson- Civitas, julio- septiembre de 2008, p. 299.

¹³⁹ Vid., FONSECA MORILLO, F. J., "La gestación y el contenido de la Carta de Niza", en MATÍA PORTILLA, F. J., (Dir.), La protección de los

entonces dispersos en instrumentos nacionales, europeos o internacionales, y consagra los principios de universalidad y de indivisibilidad de los derechos fundamentales.

Cada uno de los derechos enumerados en la CDFUE se basa en uno o más textos. Resulta como instrumento indispensable para la comprensión del alcance de los derechos recogidos en la Carta, las explicaciones al texto elaboradas por el Presidium. Algunos de los derechos que se recopilan proceden del Derecho comunitario, originario o derivado, otros del CEDH, o de las tradiciones constitucionales europeas. Tiene por objeto, clarificar sus disposiciones ya que incluye para cada artículo las distintas fuentes en las que se basa la Carta.

Dentro de estas fuentes podemos citar¹⁴⁰: el CEDH y sus Protocolos; la jurisprudencia del TEDH; la Carta Social Europea; la Carta Comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores; la jurisprudencia del TJCE; los tratados de la UE y el Derecho comunitario europeo; Convenios del Consejo de Europa, la ONU y la OIT. Estos instrumentos constituyen una interpretación auténtica de la CDFUE, que configura -en palabras

derechos fundamentales en la Unión Europea, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 88. Tal como lo expresara CARRILLO SALCEDO la ausencia de forma jurídica vinculante no implicó falta de efectos jurídicos, ya que la finalidad de la Carta de Niza fue expresar valores comunes y es un instrumento que agrupa las tradiciones constitucionales europeas comunes, aun sin haber sido incorporada formalmente como tratado de la UE. En todo caso, la utilidad de la Carta dependió básicamente de la utilidad que en su jurisprudencia le dieron el Tribunal de Luxemburgo, los tribunales constitucionales y los jueces ordinarios, ya que el echar mano para la protección de los derechos fundamentales solo de los abstractos principios generales del Derecho comunitario y de las tradiciones constitucionales, por la constante ampliación de la UE, fue más difícil. Citado por FERNANDEZ TOMAS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Conclusiones, pp. 187 y 188.

¹⁴⁰ FONSECA MORILLO, F. J., "La gestación y el contenido de la Carta...", op. cit., p. 108.

de GARCÍA ROCA- un valioso material que no es frecuente que se tenga al estudiar una declaración de derechos .

A efecto de lo que se está exponiendo, vale recordar, que los arts. 51 y 52 CDFUE, tienen por objeto fijar el alcance de los derechos y principios de la Carta, y establecer normas de aplicación e interpretación. Por un lado, establecían que la Carta no atribuía nuevas competencias a los Estados miembros (art. 51.2 CDFUE). Y por otro, que los derechos reconocidos por la Carta, que tengan su fundamento en los Tratados o en el CEDH, se deberían ejercer dentro de las condiciones y límites que estos determinasen (art. 52 ord. 2 y 3)¹⁴². Con lo anterior, la Carta no ampliaba las competencias y funciones establecidas en los tratados a los Estados miembros de la Unión y los derechos fundamentales garantizados en la UE solo eran efectivos en el marco de las competencias que definían los Tratados¹⁴³.

En el sentido de lo planteado, la vigencia del derecho a la buena administración, quedaba circunscrito a la forma de cómo se establecía el alcance de los derechos en la Carta de Niza.

La CDFUE cuenta en su articulado con una serie de disposiciones relativas a la interpretación de los derechos en ella reconocidos. En concreto son las últimas disposiciones agrupados bajo el epígrafe Disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta, numerados de los arts. 51

¹⁴¹ GARCÍA ROCA, J., "Originario y derivado en el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Los test de constitucionalidad y convencionalidad", en Revista de Estudios Políticos Nueva Época, núm. 119, enero-marzo de 2003, p. 166.

¹⁴² La referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos. Además, el alcance de los derechos garantizados por la Carta de Niza, se determinan no solo por el texto de estos instrumentos sino también por la jurisprudencia del TEDH y el TJUE.

¹⁴³ Véase, Explicaciones sobre la CDFUE, relativas a los artículos 51 y 52. Disponible en el sitio: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303ES.01001701.htm>. (Consultado el 6 de abril de 2010).

al 54. En definitiva la CDFUE establece que debe respetarse los principios de subsidiaridad, proporcionalidad, la competencia que otorgan los tratados, las legislaciones de los Estados miembros y sus tradiciones constitucionales. Agrega además, que el competente para la interpretación y control de la legalidad de dichos actos son los Tribunales jurisdiccionales de la UE.

Hubo derechos que fueron trasladados a la Carta de Niza con un tenor literal y una extensión diferente a la original, lo que resulta evidente en el caso de los derechos de ciudadanía europea, precisamente en el caso del denominado derecho a una buena administración, fue de esa forma que se produjo una interpretación extensiva de textos normativos comunitarios¹⁴⁴. Así la Carta ilustró y desarrolló el concepto de mala administración establecido en el TCE, derivándolo en el reconocimiento del derecho a la buena administración del art. 41 CDFUE.

Conforme al Tratado de Lisboa, la CDFUE tiene efecto vinculante para las instituciones de la Unión, ya que ha sido incorporada, a través del proceso de reforma de los tratados, a los dos únicos instrumentos que conservará la UE: el Tratado de la Unión Europea¹⁴⁵ y el Tratado de Funcionamiento de la UE¹⁴⁶.

Los apartados 1 y 2 del art. 41 CDFUE, recogen respectivamente el art. 228 del TCE, sobre el derecho a obtener reparación de los daños causados por la Comunidad y el art. 21 del TCE, el derecho a dirigirse en una de las lenguas oficiales de la Unión. La aprobación de la CDFUE, reforzó sin dudas, el sistema de protección de la UE, aunque no haya sido dotada al principio de valor jurídico.

¹⁴⁴ Puede verse FERNÁNDEZ TOMÁS, A., "La Carta de Derechos Fundamentales...", ob. cit, p. 95 y 101.

¹⁴⁵ Tratado de la Unión Europea, DO C115, de 9 de mayo de 2008.

¹⁴⁶ Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, DO C115, de 9 de mayo de 2008.

Se puede establecer que la infracción a la buena administración, o en sentido negativo, la configuración de una mala administración por parte de la Administración europea tiene un doble alcance¹⁴⁷. Por un lado, como lo dispone el art. 41.3 CDFUE, genera la reparación económica de los particulares afectados, frente al incorrecto funcionamiento de la Administración europea. En segundo lugar, acceder a un mecanismo no jurisdiccional de protección. Así, el art. 43 CDFUE, establece que todo ciudadano de la Unión o persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios. A esta institución se dedicará la última parte de la presente investigación.

La CDFUE, responde a las legítimas exigencias contemporáneas de transparencia e imparcialidad en el funcionamiento de la Administración comunitaria. Establece, con su reconocimiento a la buena administración, normas básicas del procedimiento administrativo, que se extraen fundamentalmente de la jurisprudencia del TJCE, cuyo aporte fue consagrarla como un principio general del Derecho comunitario; y como hemos visto hasta ahora, desplegará plenos efectos jurídicos a favor de los derechos del ciudadano¹⁴⁸.

B. Nuevas luces para la buena administración: Del Proyecto de Constitución Europea al Tratado de Lisboa

Los objetivos principales del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, conocido como "Constitución europea"¹⁴⁹, fue crear una mayor identidad

¹⁴⁷ Seguimos el esquema *mutatis mutandi* de GALÁN BIOQUE, R., "El derecho a una buena administración...", cit., p. 197.

¹⁴⁸ FONSECA MORILLO, F. J., "La gestación y el contenido de la Carta de Niza...", op cit., p. 119.

Hay autores que establecen que el término "Constitución europea", no es del todo acertado, ya que ésta no era una verdadera constitución. Lo anterior, de la premisa que la iniciativa legislativa debió haber partido de la

democrática para la Unión, y establecer más claramente sus funciones, y especialmente dar plena eficacia jurídica a la CDFUE, que al momento de la discusión del Proyecto de Constitución no la tenía. El Proyecto de Constitución Europea recogía, entre los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea, los derechos a la buena administración (artículo II-41), de acceso a los documentos administrativos (artículo II-42) y de petición (artículo II-44).

En relación a la Administración de calidad, el art. III-398 del Tratado constitucional establecía que en el cumplimiento de sus funciones: "las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente. Dentro del respeto al Estatuto y al régimen adoptados con arreglo al artículo III-427, la ley europea establecerá las disposiciones a tal efecto".

No obstante, a la vista el proyecto presentaba limitaciones innegables entre las que se destacan la longitud y complejidad del texto (460 artículos), numerosas repeticiones que dificultaban su lectura; falta de claridad entre las competencias y definición de las funciones *inter alia*¹⁵¹. Su no ratificación, debido

ciudadanía de los Estados miembros de la UE, o al menos del Parlamento europeo. Ver sobre este punto, CHOZAS ALONSO, J. M., "El principio de proporcionalidad de los delitos y las penas: el art. 49 CDFUE, en DE LA OLIVA, A., (Dir.), La justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Editorial Colex, Madrid, 2008, pp. 153 y 154.

¹⁵⁰ El derecho a la buena administración se incluyó como derecho en el proyecto de Constitución europea, que finalmente no verá la luz, pero sí dio las pautas para la incorporación de la CDFUE como instrumento vinculante y obligatorio para la UE. Específicamente el proyecto por de Constitución para Europa, incorporó en su parte segunda, dedicada a los derechos fundamentales, el art. II. 41, y reproducía la disposición de la CDFUE relativa a la buena administración.

¹⁵¹ En ese sentido, véase BENEYTO PÉREZ, J. M., "La Gobernanza en Europa y el Proyecto de Constitución europea", en FLECHA ANDRÉS, J. R., y GARCÍA NICOLÁS, C. (Coord.), La nueva Unión Europea: retos y desafíos de la ampliación", Instituto de estudios europeos y derechos humanos, Universidad Pontificia de Salamanca, 2004, pp. 309 y ss.

fundamentalmente a la negativa de Francia y Holanda, es que hizo volver la mirada a la Carta de Niza. Ahora bien, ¿Qué implicaciones tuvo este proyecto? Podríamos establecer que reabrió el debate sobre la importancia de incorporar la Carta de Niza como un Tratado de la UE, lo que se concretó como es sabido, con el Tratado de Lisboa, de forma específica el nuevo art. 6 TFUE¹⁵².

Como hemos señalado, en lo que respecta a los derechos y libertades fundamentales, los tratados originarios europeos no hacían mención expresa, ni mucho menos se garantizaba su protección. Esto porque el sistema se originó con objetivos

El 13 de diciembre de 2007, los Jefes de Estado y Gobierno de los actuales 27 Estados miembros de la Unión Europea, firmaron en la capital portuguesa, en el marco de una solemne ceremonia en el Monasterio de los Jerónimos, el Tratado de Lisboa, por el que se modifican los actuales Tratados de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Vid., DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007. Su nombre completo es Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Entró en vigencia el 1 de diciembre de 2009. El Tratado de Lisboa, sustituye al Tratado por el que se crea una Constitución Europea de 2004. Este instrumento internacional da personalidad jurídica propia a la UE y se diseñó para mejorar el funcionamiento de la UE mediante la modificación del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Roma). Con los procesos de ratificación a partir del 1 de diciembre de 2009, se ha dado paso a un nuevo TUE y un Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que sustituyó al TCE. Dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos son los valores fundamentales proclamados al comienzo del Tratado de Lisboa. Los comparten todos los Estados miembros y tiene que respetarlos cualquier país que desee incorporarse a la Unión. Potenciar esos valores, junto con la paz y el bienestar de los pueblos de la Unión, pasa a ser el objetivo principal. A él se añaden otros objetivos más específicos como el fomento de la justicia y la protección social y la lucha contra la exclusión social y la discriminación. El texto completo del Tratado de Lisboa está disponible en el sitio: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>. (Consultada el 26 de mayo de 2010).

puramente económicos¹⁵³. En ese contexto fue que se produjeron importantes desarrollos, por un lado la jurisprudencia del entonces TJCE garantizando el respeto de los derechos¹⁵⁴, y por otro, la formulación jurídica de la protección de los derechos fundamentales en textos comunitarios, en particular en el derecho originario. En esta segunda etapa, resulta importante la firma de la Carta de Niza, al establecer un catálogo de derechos fundamentales, que ahora se consolida con el Tratado de Lisboa¹⁵⁵. Este modifica el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y es el último de una serie de Tratados que modifican y consolidan la base jurídica de la UE.

Por sus características propias, se ha llegado a afirmar que el Tratado de Lisboa es una "Constitución Europea sin nombre"¹⁵⁶. Este argumento se basa en que el Tratado de Lisboa:

- Recoge en su mayoría los elementos fundamentales del Tratado

¹⁵³ SANZ DE SANTAMARÍA, P. A., et. al., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, segunda edición, Editorial Eurolex, Madrid, 1999, p. 489. En ese mismo sentido, a juicio de ALDECOA LUZARRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M., "La Europa que viene...", loc. cit., p. 150: la UE no había previsto una declaración de derechos, por la naturaleza económica de los Tratados originarios, a pesar que los derechos estaban protegidos principalmente por el TJ, faltaba visibilidad y seguridad jurídica.

¹⁵⁴ Señala SANZ DE SANTAMARÍA, en relación al papel del TJ, que su posición se divide en dos etapas, una primera caracterizada por su reticencia a ocuparse de la protección de los derechos europeos y una segunda en la que asume esa tarea, a través de una construcción denominada "pretoriana" que dio respuesta al problema de la protección. Para un análisis de la evolución jurisprudencial del citado Tribunal puede verse las páginas 490-497 de la obra citada supra.

¹⁵⁵ El texto completo y las versiones consolidadas de los Tratados modificados por el mismo pueden descargarse en el sitio: <http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=es>. (Actualizada al 6 de abril de 2010).

¹⁵⁶ Establece ALDECOA LUZARRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M., "La Europa que viene...", ob. cit., p. 265- 267: que a pesar de no ser llamado así y los ciudadanos europeos no se enteren, el Tratado de Lisboa es la "Constitución de la Unión".

Constitucional (que no vio la luz), aunque no se recogen su estructura ni su nombre; b) Los Tratados de la Unión, tras la reforma de Lisboa son una Constitución desde el punto de vista funcional, porque limitan el poder y organizan el funcionamiento de la organización política que regulan; y, c) Muestra una función garantista -máxime- a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al poder público europeo¹⁵⁷.

Por lo que con la aprobación del Tratado de Lisboa desde el 1 de diciembre de 2009, el sistema de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE, ha cobrado actualidad. Ya desde el preámbulo del TUE, el respeto de los derechos y libertades fundamentales, se encontraba inmerso como principio de la democracia y el Estado de Derecho, por lo que la cuestión de los derechos fundamentales no puede quedar al margen de los miembros de la Unión¹⁵⁸.

Las aspiraciones de transparencia e imparcialidad en el funcionamiento de las Administraciones europeas se revelan al

¹⁵⁷ Antes de su vigencia la Comunidad Europea y la UE tenían status diferentes Ya que no aplicaban las mismas normas en la toma de decisiones. El Tratado de Lisboa pone fin a esta dualidad y le da personalidad jurídica única a la UE, lo que le permitirá: "actuar de manera eficaz, coherente y creíble en sus relaciones con el resto del mundo". Vid., Comisión Europea, Su guía sobre el Tratado de Lisboa, Luxemburgo, Dirección General de Publicaciones, Comunidades Europeas, 2009, p. 15. Y es que al convertirse la Carta de Niza en un documento jurídicamente vinculante, supone su consagración al más alto nivel jurídico, ya que adquiere el mismo valor legal que los tratados de la UE, ya sean dogmáticos o de organización, pasando a ser Derecho de la UE. El Tratado de Lisboa contiene progresos importantes en materia de derechos fundamentales y prevé la adhesión de la UE al Convenio Europeo' para la protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales. Asimismo, garantiza la aplicación de la CDFUE. Con ello, la UE se dota de un catálogo de derechos civiles, políticos, económicos y sociales, vinculantes, tanto para sus instituciones como para los Estados miembros a la hora de aplicar la legislación europea.

¹⁵⁸ Vid., JÁCOMO FERREIRA, A. B., "La Constitución Europea: pormenores de una polémica", ob. cit., pp. 322 y 323.

recogerse en la CDFUE el derecho de acceso a los documentos administrativos de las instituciones comunitarias, el derecho de petición y el derecho a una buena administración. Tal como lo expresan GARCÍA ROCA y SANTOLAYA¹⁵⁹, en su obra colectiva, Europa debe ser analizada en una dimensión cultural y política, más que geográfica, atendiendo al título la Europa de los derechos (con el que titulan su obra). Esto, porque el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales en estos instrumentos internacionales, ha servido para consolidar la unión de los países europeos, más allá del mercado común, basado en el respeto de sus valores.

Por ello, podría señalarse que la Carta de Niza, se convierte en el marco de referencia ineludible para muchos Estados, ofreciendo la base para convertir el derecho a la buena administración, en principio rector de las modernas democracias y modelo a seguir para las Administraciones públicas. Constituye además, un paso significativo para modificar la percepción sociológica negativa que las Administraciones públicas tienen. Cambiar el paradigma social, que la Administración pública está revestida de burocracia, negligencia, ineficiencia o mala administración.

Son estas aspiraciones europeas de calidad, en los servicios que debe prestar la Administración pública, en las que se encaja el concepto de administración de calidad.

2.3 Elementos de la buena administración en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa

En el marco de la categoría de *soft law*, los Códigos de buena conducta administrativa, aprobados por distintos organismos europeos y al interior del los Estados de la UE, ven reforzado su contenido hasta alcanzar eficacia jurídica, por su aplicación a cualquier materia.

¹⁵⁹ Puede verse GARCÍA ROCA, I, y SANTOLAYA, P., La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 17.

En los dos apartados siguientes se dará cuenta de ello.

En primer lugar, la norma comunitaria que por antonomasia ayudó a desarrollar la buena administración, como derecho de los ciudadanos europeos, fue el ya mencionado CEBCA¹⁶⁰. Este instrumento, tuvo por finalidad concretizar lo que significa el derecho a la buena administración, con base en los arts. 41 y 43 CDFUE. Ahí, se instaura los parámetros que se deben seguir para lograr una buena administración, se informa a los ciudadanos de sus derechos respecto a la Administración pública y se establecen los principios que ésta debe observar en el ejercicio de sus funciones.

El Código contiene una serie de principios de buena conducta aplicables a las relaciones de las Instituciones y sus administraciones con el público. Incluye principios de buena gestión y hasta reglas de comportamiento como la cortesía¹⁶¹,

¹⁶⁰ El CEBCA, fue aprobado por Resolución de 6 de septiembre de 2001, del Parlamento Europeo y aplicable a todas las instituciones comunitarias, siguiendo las iniciativas de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Defensor del Pueblo Europeo. (Publicado en el DO núm. C189, de 5 de julio de 2001). El CEBCA, dirigido a instituciones y órganos de la UE, consta de 27 artículos, que enumera de manera extensiva otras manifestaciones de la buena administración, más amplia que las establecidas en la CDFUE y el proyecto de Constitución para Europea, -que al final no vio la luz- y al que dedicamos unas líneas anteriormente. Esto propició que de forma generalizada se promoviera y aprobara los denominados: "Códigos de buena conducta administrativa", que recogieron en gran parte de los principios generales que informan las relaciones de esas instituciones con el público. Puede verse, Código orientativo de buenas prácticas administrativas de la administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus Organismos públicos, Instituto Navarro de Administración Pública. En el sitio: http://www.navarra.org/rdonlyres/EIB20880-F735-488D-89A8_50599_ICE4/0/CodigoBuenasPracticas.pdf (Consultado el 20 de junio de 2009)

¹⁶¹ El art. 12 CEBCA, bajo el acápite de "cortesía" dispone: "1. El funcionario será diligente, correcto, cortés y accesible en sus relaciones con el público. Al responder a la correspondencia, llamadas telefónicas y correo electrónico, el funcionario tratará en la mayor medida posible de ser servicial y responderá a las preguntas que se le planteen de la manera lo más completa y exacta posible. 2. En caso de que el funcionario no sea

todo de vital importancia para lograr ese camino a la Administración de calidad. Concretiza en la práctica el significado del derecho a la buena administración, en cuyo contenido como es sabido, está el de someter los casos de mala administración al DPE, que se traduce en su deber de fiscalización de las actuaciones públicas.

En definitiva, el CEBCA establece que en el desempeño de sus funciones en el personal de la Administración comunitaria deben prevalecer los valores de legitimidad, no discriminación, proporcionalidad, imparcialidad, independencia, objetividad, profesionalidad y justicia, evitando todo abuso de poder¹⁶².

La resolución que invita a la Comisión Europea a presentar una propuesta de Reglamento que incluya el CEBCA puede significar como lo han manifestado diversos autores, el paso para la futura codificación del procedimiento administrativo europeo¹⁶³.

Para que la Administración sea buena, ha de tener siempre como norte y guía la ética de sus funcionarios. Los Códigos de Buena Práctica Administrativa, buscan asegurar la calidad de los servicios públicos y se presentan como un instrumento esencial para garantizar el respeto del derecho a una buena administración. La elaboración de un Código constituye un paso decisivo para

competente para el asunto de que se trate, dirigirá al ciudadano al funcionario adecuado. 3. De producirse un error que afecte negativamente a los derechos o intereses de un miembro del público, el funcionario presentará sus excusas, tratará de corregir los efectos negativos resultantes de su error de la forma más rápida posible e informará al interesado de las posibilidades de recurso de conformidad con el artículo 19 del presente Código".

¹⁶² Estructura ofrecida por ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M., "El Defensor del Pueblo Europeo y el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa", en Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 69, primer trimestre de 2008, p. 276.

¹⁶³ CASTILLO BLANCO, F. A., "Derechos y principios relacionados con la buena administración...", cit., p. 370.

avanzar en el modelo de gestión de calidad que demanda la sociedad del sector público, dirigida a la satisfacción de las personas usuarias de sus servicios, a la obtención de resultados conforme a lo que ellas esperan y a la mejora continua de la prestación de los servicios en términos de calidad y eficacia.

Fue precisamente con la finalidad de fomentar la adecuada actividad administrativa, principalmente en lo relativo a la conducta de los funcionarios y empleados públicos, que estos instrumentos están destinados a mejorar la conducta de quienes prestan servicios públicos, que respondan a las necesidades y exigencias de los ciudadanos. Lo que buscan estos documentos es lograr un mejor comportamiento de los funcionarios. No solo se trata de evitar conductas negativas o hasta delictivas, sino lograr la prestación de un servicio de calidad¹⁶⁴.

Un buen gobierno, se preocupa por el fomento de los valores éticos en sus miembros y en sus instituciones a través de los Códigos de Ética, los cuales son importantes guías de conducta para los funcionarios gubernamentales y herramientas de prevención de la corrupción. Esas normas no sólo prohíben las prácticas corruptas sino que describen y procuran evitar situaciones que induzcan a la violación de los deberes oficiales .

La adopción del CEBCA, viene favoreciendo una cultura administrativa en las instituciones y órganos comunitarios, orientada al servicio de los ciudadanos . Gran parte de los principios generales recogidos informan las relaciones de esas instituciones con el público, y se han conformado como un Derecho "interlegal", es decir, como un Derecho que existe de forma sustantiva, que inspira dos o más leyes administrativas y que, llegado el caso, constituye un claro límite a las normas

¹⁶⁴ Vid., "Código orientativo de buenas prácticas administrativas...", cit.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, quinta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, pp. 611.

administrativas que se oponen a los valores superiores del ordenamiento, como son la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo.

Asimismo, junto a esos principios coexisten, con un grado de relevancia jurídica menor, una serie de reglas que inspiran o deben inspirar la actuación de servicio de la Administración y de sus empleados públicos para con los ciudadanos. Son las que se denominan reglas generales de la buena práctica administrativa y que se configuran como de común aplicación en las modernas Administraciones democráticas¹⁶⁷. La prestación de servicios de calidad, sujetando su actuación administrativa a un "Código de Buena Práctica Administrativa" que atiende a los principios de transparencia, confidencialidad, eficacia, información y cercanía, establece un catálogo de derechos de las personas usuarias de esta Institución y unos compromisos concretos sobre el tipo de conducta y servicios que van a recibir de la misma, así como los instrumentos que aseguren la participación de todos y todas en el proceso de mejora permanente de estos servicios¹⁶⁸.

C. Los Códigos de Buena Conducta en España

En este epígrafe vamos a complementar el anterior, refiriéndonos sumariamente a los Códigos de buena conducta en España.

Así, para en el proceso de su formación, se ha distinguido dos planos: por un lado, el relacionado a los miembros del

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ Por poner algunos ejemplos, Francia y España han promulgado leyes que relacionan los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones. El caso más significativo es el de la Ley 321/2000, de 12 de abril, de la República francesa, modificada en el año 2003. En España, en materia de ética pública, destacan el Código de Ética pública de los Altos Cargos y la regulación de los conflictos de interés de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración del Estado por Ley 5/2006, de 10 de abril. Así, en España, las relaciones de la Administración con los ciudadanos se reflejan fundamentalmente en la LRJPA.

Gobierno y altos cargos de la Administración; y, por otro, los empleados públicos en general¹⁶⁹. Así, en el primer caso, se ha aprobado el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y los Altos Cargos de la Administración, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005. Es el instrumento jurídico que recoge el concepto de buen gobierno aplicado al ámbito público, haciendo referencia al conjunto de normas que define el marco de actuación que garantice la transparencia, eficacia, imparcialidad e independencia; asimismo, regula los principios éticos y de conducta de los miembros de la Administración General del Estado. Tiene eficacia jurídica limitada, por lo que debe ser aplicado en consonancia con otras normas que prevean consecuencias por su incumplimiento.

En este primer caso, tiene relevancia la Ley 5/2006, de 10 de abril, Reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. En el segundo de los casos, estamos frente al Código de Conducta de los empleados públicos, incorporado en el Estatuto Básico del empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril¹⁷⁰, en los arts. 52 a 54. Su diseño guarda estrecha relación con el Código de Buen Gobierno, antes mencionado, ya que formula los mismos principios, con excepción del principio de credibilidad. Su pretensión es orientadora, a pesar de su carácter normativo¹⁷¹; pero constituye un límite de las actividades lícitas cuya infracción produciría consecuencias disciplinarias.

De acuerdo a lo expuesto, es que se dice que los Códigos de buena conducta, presentan indudables conexiones con el derecho a la buena administración, el cual de forma expansiva está siendo

¹⁶⁹ En este apartado, seguiremos la exposición sobre los Códigos de Conducta en España, de DÍAZ MUÑOZ, M., y MUTULLO GARCÍA-ATANCE, I., "La ética administrativa: un elemento imprescindible...", cit., pp. 161 y ss.

¹⁷⁰ BOE núm. 89, de 13 de abril.

¹⁷¹ Vid., "Exposición de motivos de la Ley 7/2007, de 12 de abril.

reconocido como derecho fundamental en las nuevas constituciones¹⁷²; como más adelante tendremos ocasión de establecer.

Otro instrumento a tomarse en cuenta, es el "Código Iberoamericano de Buen Gobierno" , que se establece como un medio para orientar a los gobiernos en la generación de estrategias para hacer de los servidores públicos, agentes promotores de los derechos de los ciudadanos. El Código, define el buen gobierno como: "aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho".

En definitiva, el Código Iberoamericano establece como principios que guían la acción de un buen gobierno: el respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona; la búsqueda permanente del interés general; la aceptación explícita del gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y los pueblos; y, el respeto y promoción de las instituciones del estado de derecho y la justicia social. Es por ello, que la nueva gestión pública hace referencia a la implementación de un modelo de gestión que busca mayor eficacia y eficiencia de los servicios públicos, a través de la introducción de valores gerenciales en la gestión de los organismos de gobierno,

¹⁷² DÍAZ MUIÑA, M., y MURILLO GARCÍA- ATANCE, I., "La ética administrativa: un elemento imprescindible...", cit., p. 165.

¹⁷³ Aprobado por la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, reunidos los días 22 y 23 de junio de 2006, en Montevideo, Uruguay, bajo el impulso del CLAD, fue suscrito entre otros países por España, no así El Salvador. Véase, Código Iberoamericano de Buen Gobierno. Disponible en el sitio: <http://www.clad.org/documentos/declaraciones/codigoiber.pdf>. (Consultado el 16 de febrero de 2010).

participación ciudadana y promoción en el ejercicio de sus derechos¹⁷⁴.

Los Códigos de buena conducta en general, ponen de manifiesto la preocupación por ofrecer un servicio de calidad y han servido para hacer viable el interés público por recibir un buen trato y, por el lado de las instituciones, el de proporcionarlo¹⁷⁵.

D. El derecho a la buena administración en el ordenamiento español y salvadoreño: su contenido implícito

1. El reconocimiento a la buena administración: el caso español

Como se ha apuntado en líneas anteriores, la CE no se refiere a la buena administración ni a la calidad de los servicios públicos de manera directa, pero introduce el concepto del deber de buena administración, definido por PONCE SOLÉ¹⁷⁶ como: "deber jurídico de situarse en la mejor de la situaciones posibles antes de ejercer la función administrativa, ponderando todos los factores relevantes en la decisión...". Así, el reconocimiento constitucional es de forma implícita, ya que este se encuentra conectado a diversos principios de la norma constitucional española, como son: el de racionalidad (art. 9.3 CE), eficiencia y

¹⁷⁴ Vid., GERPE CEVALLOS, S., y SANGUINETTI VEZZOSO, M. N., "El Código Iberoamericano de Buen Gobierno", en *Quantum: Revista de administración, contabilidad y economía*, Vol. III, núm. 1, marzo de 2008, pp. 23 y 24. Disponible en el sitio: <http://www.quantum.edu.uy/numero2/nota%202.pdf>. (Consultado el 16 de febrero de 2010).

¹⁷⁵ TOMÁS MALLÉN, B., "El derecho fundamental a una buena administración...", op. cit., p. 272.

¹⁷⁶ Debe verse, PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*; primera edición, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 154.

economía (art. 31.2 CE), y eficacia, objetividad y coordinación (art. 103.1 CE)¹⁷⁷.

Estas disposiciones contienen una serie de supuestos referidos al modo de desarrollo de la actividad administrativa, es decir deberes jurídicos de hacer, relacionándose por tanto con el tema objeto de estudio. Así, tomando en consideración el marco constitucional español, se establece que la función administrativa deber estar sometida a un deber jurídico de buena administración en servicio a los intereses generales, que consiste en una actuación: racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica.¹⁷⁸

En ese contexto, diversos textos estatutarios españoles reconocen la buena administración como un derecho, pero con diferentes matices¹⁷⁹. Veamos algunos ejemplos.

En Cataluña se refiere a garantías procedimentales del ciudadano frente a la Administración¹⁸⁰; en las Islas Baleares la buena administración se relaciona con el acceso al empleo público y derechos de protección y defensa de consumidores y usuarios¹⁸¹; en Valencia, se hace énfasis en la participación de la ciudadanía en las tareas pública¹⁸². Otras comunidades,

¹⁷⁷ Vid., PONCE SOLÉ, J., "Desarrollo territorial y urbanístico sostenible y buena administración mediante la actividad de planificación en la ley 8/2007, de 28 de mayo de suelo", en ROGEL VIDES, C., y BASSOLS COMA, M., (Dirs.), et., al., *El Derecho Urbanístico del siglo XXI, ordenación del territorio y urbanismo*, Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 2008, p. 518.

¹⁷⁸ Puede verse PONCE SOLÉ, J., "El deber de buena administración...", op. cit., p. 156.

¹⁷⁹ Seguimos la estructura planteada por CASTILLO BLANCO, F. A., "Derechos y principios relacionados con la buena administración...", ob. cit., pp. 363- 366.

¹⁸⁰ Art. 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

¹⁸¹ Art. 14 del Estatuto de las Islas Baleares.

¹⁸² Art. 12 que modifica el art. 9, del Estatuto de Autonomía de Valencia.

relacionan la buena administración como una garantía, como en el caso de Aragón, que establece como principios de organización y actuación de la Administración pública la eficacia, eficiencia, racionalización, y transparencia¹⁸³; y, la comunidad de Castilla y León, que lo relaciona directamente con la calidad de los servicios públicos y lo desarrolla en su legislación .

El Derecho de los Estados miembros de la UE también ha influenciado la evolución de la buena administración . En

¹⁸³ Art. 62. 3 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

¹⁸⁴ Arts. 3, 5 y 6 de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía, de 22 de octubre.

¹⁸⁵ Ponemos dos ejemplos claros. En primer lugar, la Constitución de Italia recoge la buena administración, en el principio del buen andamento, desarrollado de manera doctrinaria junto con el principio de imparcialidad, como principios- guía del modo de ejercicio del poder y como regla de comportamiento administrativo. Establece el art. 97 de la Constitución de Italia: "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizione di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità deH'amministrazione". Lo que podría traducirse como: "Los Órganos administrativos se organizarán según las normas de la ley, de modo que se garantice el buen funcionamiento y la imparcialidad de la administración". (Traducción libre). Múltiples citas de autores italianos, referidos al principio del buen andamento, pueden ser consultados en PONCE SOLÉ, J., "Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido...", ob. cit., pp. 139- 141. En el caso de Portugal, se nos dice que el dover de boa administracao se desprende de lo establecido en el art. 202 de la Constitución portuguesa de 1976. Establece el texto constitucional, bajo el epígrafe "Competencia administrativa", que: "Corresponde al Gobierno en el ejercicio de funciones administrativas: a) elaborar el Plan, con base a la ley respectiva, y hacerlo ejecutar; b) elaborar los Presupuestos Generales del Estado, con base en la ley respectiva, y hacerlos ejecutar; c) dictar los reglamentos necesarios para la buena ejecución de las leyes;' d) dirigir los servicios y la actividad de la administración directa e indirecta del Estado y supervisar (superintender) la administración autónoma; e) realizar todos los actos exigidos por la ley en relación con los funcionarios y agentes del Estado y de otras personas colectivas públicas; f) defender la legalidad democrática; g) realizar todos los actos y tomar todas las medidas necesarias para la promoción del desarrollo económico-social y la satisfacción de las necesidades colectivas". En efecto, como vemos, estas normas que son de carácter constitucional, y

España, algunos textos legales hacen alusión -aunque de manera imprecisa- a este derecho. En la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, encontramos: "Y así, la necesidad de una jurisdicción contencioso administrativa eficaz trasciende la órbita de lo individual y alcanza el ámbito colectivo. Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la Administración buena y recta".

También, en su exposición de motivos, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dictamina: "las administraciones y entidades públicas de todo tipo deben contar con los factores organizativos que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración que se va consolidando en el espacio europeo, y contribuir al desarrollo económico y social". De manera más específica, el art. 4 de la Ley de Contratos 13/1995, de 18 de mayo, sobre la buena administración estableció: "La Administración puede concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre y cuando no sean contrarios al interés público, la ordenación jurídica o los principios de buena administración, y los tiene que cumplir de acuerdo con éstos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquella".

En esa línea, el art. 4.1 LOFAGE, establece el principio de "servicio efectivo de los ciudadanos"; establece la disposición: "La actuación de la Administración General del Estado debe asegurar a los ciudadanos: a) La efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración, b) La continúa mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones

por ende se encuentran en la cúspide de las fuentes normativas, preceptúan la obligación de procurar el buen funcionamiento de la Administración pública y que su actuación debe ir encaminada a tomar todas las medidas necesarias para la promoción del desarrollo económico-social y la satisfacción de las necesidades colectivas de la población. Todo ello, elementos necesarios para el cumplimiento de la buena administración.

públicas...". Asimismo, el art. 18.1 lit. d, LOFAGE, establece como obligación de los directores generales de la Administración General del Estado, asegurar el buen funcionamiento de los órganos y unidades dependientes y del personal integrado en los mismos.

Por lo que en el procedimiento administrativo español, el cumplimiento de estos requisitos, se configura como exigencia de la actuación administrativa, acarreado -contrario sensu- nulidad de pleno derecho¹⁸⁶.

Así, en definitiva, la legislación española establece como principio, la calidad en las decisiones que dicte la Administración pública. En ese contexto PONCE SOLÉ¹⁸⁷, sobre el deber de buena administración establece que un defectuoso procedimiento administrativo conduce a malas decisiones discrecionales que dan lugar a mala administración. En la ecuación del autor catalán: "buenas decisiones discrecionales son buena administración y buena administración es el seguimiento de buenos procedimientos administrativos en su adopción" .

2. La buena administración en El Salvador

Nos disponemos a ver ahora si en El Salvador, la buena administración es reconocida como derecho fundamental. Al igual que en España, la CS no hace un reconocimiento expreso. Así, al hacer un recorrido sumario de los derechos constitucionalizados¹⁸⁹, llegamos a la conclusión de la no

¹⁸⁶ Véase arts. 63.2 y 64.1. lit. e, LRJPA.

¹⁸⁹ PONCE SOLÉ, J., "Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido...", ob. cit., p. 38.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 137.

¹⁸⁹ La CS, divide en su título segundo los derechos bajo el acápite "De los derechos y garantías fundamentales", en: a) derechos individuales, b) derechos sociales: familia; trabajo y seguridad social; educación, ciencia y cultura; salud pública y asistencia social; y c) derechos políticos o de los ciudadanos. En el art. 2 CS, se destaca los derechos a: la vida, la integridad, la libertad, la seguridad, el trabajo y la propiedad. Sobre la división de los

derechos fundamentales en la Constitución salvadoreña. Vid., BERTRAND GALINDO, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, primera edición, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de reforma judicial, San Salvador, 1992, p. 707. La Constitución salvadoreña sitúa la tutela de los derechos, a partir de su título II, con el epígrafe: "Los derechos y garantías fundamentales de la persona". Reconoce a partir del artículo 2 una serie de derechos y además la garantía para protegerlos y defenderlos. La citada disposición constitucional establece: " Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos". En el art. 2CS, se hace una doble dimensión tutelar ya que reconoce un catálogo de derechos pero también establece el derecho a protegerlos y defenderlos. SÁNCHEZ ESCOBAR, C, en AA.V.V., "Fundamentos de Derecho Penal", en *Ensayos para la Capacitación Judicial*, primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, año 2003, p. 69. Además, con esta disposición no solo reconoce los derechos fundamentales, sino también instaura un mecanismo de protección: el proceso. Sobre los derechos fundamentales en la Constitución salvadoreña existen estudios diversos en donde se pone de manifiesto una visión genérica de los mismos y propuestas para su sistematización. Puede verse: SÁNCHEZ BARRILAO, J., "Los derechos fundamentales en El Salvador", en *Revista Justicia de Paz*, Año III- Vol. I, enero- abril de 2000, pp. 17 y ss. Asimismo, la obra conjunta PÉREZ TREMP, P., y SÁNCHEZ BARRILAO, J., "Los derechos fundamentales en la Constitución salvadoreña", en *Revista Justicia de Paz*, Año II, Vol. III, septiembre- diciembre de 1999, pp. 177 y ss. En el caso de España, tal como lo establece GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*, s/e, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 23- 25: no es posible hablar de garantía de los derechos fundamentales sino hasta la aprobación de la Constitución española de 1978 y la posterior ratificación del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 (ratificado hasta 1979), el cual cuenta con un órgano específico de protección: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción también se sometió. En tal instrumento se plasma una serie de derechos subjetivos, sobre cuyo respeto ha de girar toda la actividad pública y sin cuya observancia por parte de los poderes públicos, y sobre todo, eficaz protección jurisdiccional, no se podría hablar de la configuración del Estado Democrático de Derecho. Al respecto, establece el autor que se entiende por derechos fundamentales, aquel conjunto de derechos subjetivos inherentes a la persona que se plasman en un ordenamiento jurídico al máximo nivel normativo y que gozan de una especial configuración en el sistema de valores modernos. De lo anterior, ha de señalarse por tanto, que el derecho en estudio -catalogado como

existencia en la carta magna salvadoreña de la buena administración como derecho fundamental. No obstante, existen diferentes disposiciones constitucionales que obligan a la Administración pública salvadoreña a ceñirse al cumplimiento de la legalidad y a la eficacia y transparencia al momento de dictar sus decisiones.

Lo anterior no deja de plantearnos el problema de la alta complejidad que acarrearía este reconocimiento. Esto, porque el hablar de buena administración, nos trae a cuenta temas sobre los que existen muchas divergencias y una alta incomprensión en nuestra sociedad, como son: Administración de calidad, transparencia y ética en el ejercicio de la función pública. Actualmente este derecho fundamental, ha de concretarse desde el respeto a otros derechos y principios constitucionalmente reconocidos en la CS, entre los que tenemos: el principio de legalidad y sujeción a la ley (arts. 8 y 86 in fine CS), respeto de la dignidad de la persona humana (arts. 1 y 2 CS), el derecho al debido proceso administrativo (art. 14 CS), entre otros.

La noción de buena administración, aparece especialmente al momento de la toma de decisiones como garantía del procedimiento administrativo frente a sus destinatarios o afectados . El procedimiento administrativo se convierte por tanto en el iter, que ha de seguir la Administración para la realización de su actividad jurídica o función administrativa, y que se concretará en una serie de actos combinados entre sí, con la finalidad de conseguir una decisión válida o acertada¹⁹¹. Así, al exigir que la acción administrativa se someta a una serie de actos formales, tiene por finalidad por un lado garantizar el interés público concretado en la legalidad y el acierto de las resoluciones

fundamental en la Unión Europea- no llega a tener un reconocimiento explícito en la CS.

¹⁹⁰ PAREJO ALONSO, L., et. al., "Manual de Derecho Administrativo...", op. cit., p. 84.

¹⁹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., Sistema jurídico de las Administraciones Públicas, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 2009, pp. 25 y 26.

administrativas; y por otro, como garantía del interés público y de los derechos de los particulares¹⁹².

Al igual que en España, la Administración pública salvadoreña debe cumplir con los principios de calidad en las decisiones que tomen en beneficio de los derechos del ciudadano, aunque la buena administración no se encuentra positivada como derecho, si se configura de manera implícita a en las disposiciones constitucionales relacionadas.

CAPITULO III.

EL CAMBIO DE PARADIGMA: DEL RESPETO DE LA LEGALIDAD A LAS VIRTUDES DE LA ADMINISTRACIÓN DE CALIDAD

"La corrupción es un problema de los hombres no de los tiempos" (Séneca)

A. Del principio de legalidad a la buena administración

Como se ha señalado al inicio del primer capítulo, la legalidad de la que debe estar revestida la actuación de la Administración, surgió con el Estado democrático que emergió de la Revolución Francesa; ello, con la proclamación, del principio en virtud del cual, la ley elaborada por el Parlamento es la expresión de la voluntad popular¹⁹³. Justamente, cuando la Administración actúa imponiendo cargas y obligaciones a los ciudadanos, es en virtud del poder que le ha atribuido la ley y estas potestades se encuentran enmarcadas en pautas o criterios (potestad reglada) o habilitación de actuación (potestad discrecional), que deberán estar en la ley .

En el sentido anterior, la acción administrativa se debe llevar a cabo respetando el orden público, y su finalidad debe ser la satisfacción de las necesidades de la población y conducir el desarrollo económico y social; y su actuación determinada por el

¹⁹³ Vid., DE FUENTES BARDAJÍ, J., (Dir), et, al., Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Editorial Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 123 y 124.

¹⁹⁴ El principio que rige a la Administración, denominado por la doctrina como "de vinculación positiva a la legalidad", se encuentra consagrado en los arts. 9.1, 9.3 y 103.1 CE. Similar disposición en art. 86 inc. 3 CS.

principio de legalidad¹⁹⁵. Este es el derrotero de la actividad de la Administración, la cual debe ser promotora de los cambios sociales o adecuar el funcionamiento de sus órganos a esos cambios, a efecto de cumplir con la constante evolución de la sociedad¹⁹⁶. Rousseau sustentó el principio sub júdice, en el hecho de que la soberanía residía en el pueblo, manifestada a través de las leyes como expresión de la voluntad general. Siguiendo a Rousseau, el pueblo ostenta la soberanía y es en uso de ella que elige a sus gobernantes¹⁹⁷. De ahí, la conocida frase: "El gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo" .

Sobre el principio de legalidad, se ha dicho que es uno de los mecanismos más útiles para mantener el orden jurídico vigente y ofrecer a los gobernados las condiciones necesarias que conduzcan a la justicia social y al bien común . Por ello,

¹⁹⁵ GALINDO CAMACHO, M., "Teoría de la Administración...", op. cit., p.6.

¹⁹⁶ Otro aspecto importante dentro de la actividad de la Administración pública, lo encontramos en lo referido a la continuidad que debe existir de las políticas públicas que busquen el bienestar de la comunidad. Tal como lo expresa GALINDO CAMACHO, M., "Teoría de la Administración...", op. cit., pp. 113 y 114: el cambio de los titulares de los órganos en la Administración pública, no debe afectar las obras de beneficio público, por lo que éstas deben llevarse a cabo hasta culminarlas, ya que el no hacerlo constituiría un grave desperdicio de los recursos del Estado.

¹⁹⁷ No obstante lo apuntado, PÉREZ LUÑO refiere la contradicción que existe en el origen terminológico de la expresión "soberanía", con la concepción actual. Así, hace alusión que la expresión francesa *souveraineté*, equivale al latín *maiestas*, referida a la figura del soberano y no al concepto moderno de Rousseau, referida a la voluntad general como patrimonio inalienable del pueblo. Debe verse, PÉREZ LUÑO, A. E., "Derechos Humanos, Estado de Derecho...", op. cit., pp. 187- 189.

¹⁹⁸ Como es sabido, tal frase tiene como autor al ex presidente de los EEUU, Abraham Lincoln.

¹⁹⁹ PÉREZ DAYÁN, A., *Teoría General del Acto Administrativo*, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pp. 26- 33.

BALLBE², al referirse al principio de legalidad de la Administración, establece que toda acción administrativa, para que sea válida, ha de examinarse desde el punto de vista de su relación con el ordenamiento jurídico, resumido con la máxima latina: *quae non sunt permissae prohibita intelligentur*. Así, la actuación de la Administración pública debe estar ceñida a la ley, ya que el Derecho condiciona y determina de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa²⁰¹.

En relación al principio de legalidad y la función pública, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido²⁰²: "(...) En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común".

Con lo anterior, el Tribunal Interamericano nos lleva a la conclusión que para considerar a un Estado como democrático, no solo debe respetarse la legalidad, sino también debe estar organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común²⁰³. Por lo que se puede establecer que en

²⁰⁰ Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R, Curso de Derecho Administrativo I, décimo cuarta edición, Thomson- Civitas, Madrid, año 2008, pp. 440 y ss.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva núm. Oc-6/86, del 9 de mayo de 1986, La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 32.

²⁰³ Refiriéndose al bien común, la Corte Interamericana ha dicho: "Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de

el ejercicio de sus funciones la Administración no solo debe evitar infringir la ley, sino también de cara a las necesidades de los administrados, debe hacer su mejor esfuerzo. De ahí, que parte de la actividad de los entes públicos vaya encaminada a suplir las necesidades de los ciudadanos, proporcionándole los medios apropiados para subsistir dignamente, lo que a su vez se traduce en una exigencia bilateral a favor del administrado .

No es necesario ahondar más en el tema para establecer, que en materia administrativa el principio aludido, *-inter alia-* establece que la actuación de los poderes públicos debe estar descrita, condicionada y limitada por las normas que configuran un ordenamiento jurídico determinado y que todos los Poderes públicos actúen respetando las reglas vigentes²⁰⁵. En definitiva, la actuación de la Administración pública y del resto de órganos del Estado, debe encontrarse vinculada al ordenamiento jurídico y

la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana". Vid., Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva Oc-5/85, del 13 de noviembre de 1985, "La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 Y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", párr. 66. Indudablemente, una de las definiciones más aceptadas del "bien común", es la brindada por JUAN XXIII, en la encíclica *Pacem in terris*, diciendo que: "Todos los individuos y grupos intermedios tienen el deber de prestar su colaboración personal al bien común. De donde se sigue la conclusión fundamental de que todos ellos han de acomodar sus intereses a las necesidades de los demás, y la de que deben enderezar sus prestaciones en bienes o servicios al fin que los gobernantes han establecido, según normas de justicia y respetando los procedimientos y límites fijados para el gobierno. Los gobernantes, por tanto, deben dictar aquellas disposiciones que, además de su perfección formal jurídica, se ordenen por entero al bien de la comunidad o puedan conducir a él". Disponible en el sitio: http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_sp.html. (Consultado el 3 de mayo de 2010).

²⁰⁴ Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., "Curso de Derecho Administrativo II...", ob. cit., pp. 69 y 70.

²⁰⁵ Así, en AYALA, J. M., et al., Manual de Justicia Administrativa, primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, p. 21.

actuar de conformidad con él²⁰⁶. Por tanto, según la concepción moderna, el principio de legalidad debe ser confrontado con la denominada Doctrina de los derechos fundamentales del Estado de Derecho²⁰⁷. Esta doctrina, no solo conlleva un deber del Estado (la Administración pública para el caso), sino también un derecho para el individuo; en virtud que la ley, se concibe como

²⁰⁶ Vid., BERTRAND GALINDO, F., "Manual de Derecho Constitucional...", ob. cit., p. 871. Así, la Constitución salvadoreña reconoce el sometimiento de los poderes públicos al derecho vigente, cuando establece en su art. 86 inc. tercero: "Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley". Se regula el sometimiento de los funcionarios a los preceptos constitucionales, en el art. 235 CS: "Todo funcionario civil o militar; antes de tomar posesión de su cargo, protestará bajo su palabra de honor, ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución, atendiéndose [sic] a su texto cualesquiera que fueren las leyes, decretos, órdenes o resoluciones que la contraríen, prometiendo, además, el exacto cumplimiento de los deberes que el cargo le imponga, por cuya infracción será responsable conforme a las leyes". En el caso de los particulares, el texto constitucional hace expresa relación al sometimiento de las personas a la ley. Así el art. 8 de la Constitución establece: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe". Además, dentro de los deberes políticos del ciudadano que establece el artículo 73 de la norma constitucional salvadoreña, el numeral 3 establece la obligación de cumplir y velar por que se cumpla la Constitución. Similar disposición se establece en el caso de los extranjeros, el art. 96 CS establece una especial sujeción a la misma, al establecerles la obligación de respetar las autoridades y obedecer las leyes. Sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos por incumplimiento de la Carta magna salvadoreña, el Tribunal constitucional ha concluido: "(...) la aceptación de un cargo público implica, por el solo hecho de aceptarlo, la obligación de desempeñarlo ajustado a las normas constitucionales -artículo 235 de la Constitución-, la presunción de capacidad y suficiencia que existe respecto de los funcionarios, no debe extremarse hasta el punto de no admitir errores excusables, por cuanto puede suceder que el funcionario no está, sea porque la ley secundaria rfo desarrolla la norma constitucional, o porque la ley es contraria a la Constitución, en situación de apreciar por sí la posibilidad de la violación constitucional". Vid., Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de El Salvador, sentencia de amparo núm. 317- 97, del 26 de agosto de 1997.

²⁰⁷ Sobre el desarrollo de esta Doctrina, puede verse PÉREZ LUÑO, A. E., "Derechos Humanos...", ob. cit, p. 212.

producto de una voluntad general encaminada a garantizar los derechos fundamentales de los individuos. Siguiendo esa idea, la Administración pública en su condición de poder público, deberá poseer potestades autoritarias, pero sometidas a una serie de limitaciones en su relación con los particulares .

Partiendo de lo anterior, es posible plantear la siguiente interrogante, ¿En qué radica que la Administración pública tiene un deber de buena administración y no solo el de cumplir con la legalidad? En la medida que la buena administración se configura como un derecho fundamental, será posible exigir a la Administración pública no solo la sujeción a la ley, sino también otros requisitos, para que al momento de adoptar sus decisiones, lo haga de la mejor manera posible y a favor de los intereses generales. Por lo que en consecuencia, se exigirá no solo que: "la Administración adopte buenas decisiones, (sino) que en definitiva administre bien"²⁰⁹. En consecuencia esa voluntad del ordenamiento de que se busque y elabore la mejor decisión discrecional posible, se recoge en el deber jurídico de buena administración, el cual no solo se limita a analizar el resultado final de la decisión sino también al modo de desarrollo de la actividad administrativa²¹⁰. De ahí, que la Administración pública

²⁰⁸ Lo anterior, constituye el contenido material del Derecho Administrativo, el cual se estructura, según SANTAMARÍA PASTOR, J. A. Principios de Derecho Administrativo, Vol. I, cuarta edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2002, pp. 73- 75: a) En el plano de los poderes y privilegios, la Administración puede dictar normas inferiores a la ley (potestad reglamentaria); potestades de autotutela (modificar, constituir o extinguir situaciones jurídicas); potestad de ejecutar sus decisiones y sancionar a los particulares que infrinjan el ordenamiento administrativo y proteger sus bienes y derechos; b) En el plano de las limitaciones, la Administración está sujeta a la observación del principio de legalidad; actuar conforme a procedimientos formales, para asegurar la legalidad, imparcialidad e igualdad de trato a los ciudadanos; al control jurisdiccional de su actuación (sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativa); y, obligación en caso de indemnizar por los daños y perjuicios que cause.

²⁰⁹ PONCE SOLÉ, J., "Deber de buena administración...", op. cit., p. 127.

²¹⁰ *Ibíd.*, p. 132.

debe: "situarse en la mejor de las situaciones posibles, antes de ejercer la función administrativa, ponderando todos los factores relevantes en la decisión" .

En conclusión, la Administración no solo debe cumplir con la ley, sino que procurar que su gestión sea buena. Por lo que si la actuación de la Administración es ilegal, tal situación la resuelven los tribunales de justicia comunes. Pero si la Administración actúa de manera irregular, se configura la mala administración, la cual no necesariamente tiene que ser ilegal. Es en esos casos donde resulta importante la actuación de los denominados Defensores del Pueblo, cuya función tendremos ocasión de ver más adelante.

Como se desprende del análisis de las líneas anteriores, existe una íntima relación entre la Administración pública identificada con el Órgano Ejecutivo y la función que ésta realiza con el derecho a la buena administración, ya que la actividad del Ejecutivo, debe ir encaminada no solo al cumplimiento de la legalidad y el respeto a la división de poderes, - altos principios en los que se funda el Estado de Derecho- sino también al logro de los máximos objetivos de creación del mismo Estado. Esto es, asegurar la convivencia nacional con respeto a la dignidad de la persona humana, con todo el conjunto de derechos que le son inherentes²¹².

B. Gobernanza, buen gobierno y buena administración

La *governance* o gobernanza, es un término de la literatura anglosajona utilizado para describir y analizar la gestión de los asuntos públicos en un país y momento determinados²¹³. En castellano, el concepto nace de la traducción del término inglés

²¹¹ *Ibíd.*, p. 154.

²¹² Cfr., preámbulos CS y CE.

²¹³ Véase MORATA, F., "Regiones y Gobernanza multinivel en la Unión Europea", primera edición, en MORATA, F., et al., *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 23.

good governance, que se utilizó en la literatura científica iberoamericana tras la publicación del Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea²¹⁴. El 25 de julio de 2001, se presentó un informe titulado "La Gobernanza Europea: Un Libro Blanco", que tuvo por finalidad modernizar y reformar el gobierno de la Unión Europea. Así, en la UE la gobernanza, es la denominación del conjunto de las normas, los procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia . Este Libro entiende la gobernanza como las reglas, procesos y comportamientos que afectan la forma en que se ejercen los poderes otorgados por la ciudadanía a la Comisión europea²¹⁶.

Señala MORATA²¹⁷ que el concepto "gobernanza" debe reflejar los importantes cambios que se están produciendo en la manera de gobernar las sociedades contemporáneas; y proporcionar los requisitos funcionales o institucionales necesarios para organizar y gestionar los procesos sociales, todo en beneficio de los intereses generales. Apunta el mismo autor, que sobre todo se emplea para describir el modo en que las sociedades adoptan y ponen en práctica las decisiones colectivas

²¹⁴ Disponible en el sitio: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf. (Consultado el 3 de diciembre de 2009).

²¹⁵ Puede verse PAREJO ALONSO, L., "Los principios de la Gobernanza Europea", en LINDE PANIAGUA, E., HIGUERAS CATALUÑA, M., "La Gobernanza Europea", en Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 6, primer semestre 2004, UNED, Colex, 2004, p. 30. Otra introducción en CALONGE VELASQUEZ, A., "Gobernanza Europea: el papel de la Instituciones y la centralidad de la Comisión", en LINDE PANIAGUA, E., HIGUERAS CATALUÑA, M., "La Gobernanza Europea", en Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 6, primer semestre, UNED, Colex, 2004, p. 30.

²¹⁶ En ese sentido, MORICONI, M., "Revisión crítica: la necesidad de incorporar el buen pensar retórico en la construcción de Gobernanza", en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 145, Madrid, julio-septiembre de 2009, p. 126.

²¹⁷ MORATA, F., "Regiones y Gobernanza multinivel...", ob. cit., p. 20.

relativas a la regulación de los problemas sociales. El término "gobernanza", según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, se define como: "Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía".

Para SCHNITTER²¹⁸, la "gobernanza", se define como: "Un método o mecanismo para afrontar una amplia gama de problemas /conflictos en el que los distintos actores alcanzan generalmente acuerdos satisfactorios y obligatorios mediante negociaciones y deliberaciones, cooperando en la implementación de dichos acuerdos". En definitiva según STOKER, KOOIMAN, RHODES y JESSOP, el denominador común de las distintas definiciones de gobernanza, es su conexión con el proceso mediante el cual, las actuaciones y los recursos públicos y privados, en los distintos niveles, se coordinan adoptando direcciones y significados comunes²¹⁹.

La teoría moderna de la gobernanza política, (conocida en Alemania como *Steuerungstheorie*) surgió después de la Segunda Guerra Mundial, en un momento en que los gobiernos aspiraban a dirigir el desarrollo social y económico de las naciones hacia objetivos definidos²²⁰; lo que se buscaba a través de la implementación de una perspectiva jerárquica (top- down) o del legislador . Ahora, la gobernanza se utiliza en primer lugar, para indicar una nueva manera de gobernar que es diferente del

²¹⁸ Citado por MORATA, F., *ibíd.*, p. 26.

²¹⁹ *Ibíd.*, p. 28.

²²⁰ Al respecto MAYNTZ, R., "Nuevos desafíos de la teoría de la gobernanza", en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, primera edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, pp. 83 y 85: hace alusión a sus múltiples trabajos sobre la teoría de la gobernanza que datan desde 1987. Un análisis sobre las teorías de MAYNTZ pueden hallarse en MORATA, F., "Regiones y Gobernanza multinivel...", *ob. cit.*, p. 20.

²²¹ MAYNTZ, R., "Nuevos desafíos de la teoría de la gobernanza...", *ob. cit.*, p. 86.

modelo de control jerárquico, un modo más cooperativo en el que los actores estatales y los no estatales participan en redes mixtas público- privadas. Un segundo significado, se relaciona con los diferentes modos de coordinar acciones individuales o formas básicas de orden social²²².

En definitiva, la gobernanza implica una forma nueva y diferente de gobernar caracterizada por la interacción entre una pluralidad de actores, la búsqueda del equilibrio entre poder público y sociedad civil, y la participación en el gobierno de la sociedad en general y su capacidad de englobar todas las instituciones y relaciones implicadas en los procesos de gobierno²²³.

Ahora, el movimiento o transición a un nuevo modo de gobernación nos introduce al concepto de buena gobernanza²²⁴, que se traduce en los principios institucionales mínimos o básicos contenidos en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea, que en definitiva son: transparencia, participación, rendición de cuentas (accountability), eficacia y coherencia. Cada uno de ellos esenciales para la instauración del Estado de Derecho y una gobernanza más democrática, y pueden aplicarse no solo a los Estados miembros, sino también en los niveles mundial, nacional, regional y local²²⁵.

²²² *Ibid.*, pp. 83 y 84.

²²³ Véase CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La Gobernanza hoy: introducción", en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La Gobernanza hoy...", *op. cit.*, p. 13.

²²⁴ Vid., PRATS CATALÁ, J., "Modo de gobernación de las sociedades globales", en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, primera edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, p. 170.

²²⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, *La Gobernanza Europea*. Un Libro Blanco, Bruselas, 25 de julio de 2001.

Todos estos principios de la UE, tienen relación con lo que es la buena administración²²⁶: La diferencia sería que los principios de buena administración se dirigen a los funcionarios y personal de los organismos públicos y regulan sus relaciones con los ciudadanos; por tanto, tienen un ámbito más específico que los principios de buena gobernanza, que se refieren a las relaciones entre todos los actores políticos, a los que nos hemos referido en párrafos anteriores.

El concepto de buena gobernanza fortalece y legitima la autoridad democrática, pero exige el reconocimiento de unas formas organizativas y de funcionamiento especiales a la Administración pública²²⁷. Por lo que se requiere un Derecho Administrativo renovado, que reconozca las nuevas realidades y desafíos y que establezca los nuevos principios institucionales que permitan orientar y valorar la gobernanza²²⁸.

Pero nos encontramos con que las instituciones públicas presentan dificultad de responder a distintos riesgos sociales como: los problemas ambientales, la carencia de tecnología, una seguridad alimentaria deficiente, entre muchos otros; además, la falta de recursos políticos, legales, financieros y cognitivos, para solucionar dichos problemas²²⁹. De ahí, que se cuestiona la

²²⁶ Ver CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La Gobernanza hoy: introducción", en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, primera edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, p. 20.

²²⁷ PRATS CATALÁ, J., "Modo de gobernación...", p. 171.

Para estudios recientes de procesos de modernización relacionados con la gobernanza y las condiciones de cambio en la Administración pública, véase, VARONA ARCINIEGA, J. A., "Burocracia, gerencia y gobernanza ante los nuevos desafíos del estado del bienestar", en GÓMEZ TORRALBO, R., *Estado de bienestar y gobernanza*, primera edición, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pp. 101- 119.

²²⁹ MORATA, F., "Regiones y Gobernanza multinivel...", loc. cit., pp. 24-26. Diversos autores como SCHOBEN, AMIN y TOMANEY, parten de una realidad más amplia. Establecen que en la actualidad existen dos tipos de transformaciones a nivel mundial. Una que acentúa el cambio ideológico y abandono de los principios keynesianos de finales de la Segunda Guerra

capacidad del sistema político y del Estado para imponer sus decisiones a la sociedad. Es en esa línea, que en términos estructurales, la gobernanza se define en función del papel y rendimiento de los actores públicos frente a estos problemas sociales.

Los términos gobernanza (governance) y buen gobierno (good governance) se están utilizando de forma creciente. La perspectiva del buen gobierno y la buena administración de organizaciones han ocupado un lugar relevante en especial lo relacionado al quehacer de las instituciones públicas y sus dirigentes. El mal gobierno se considera cada vez más como una de las razones principales de los problemas en nuestras sociedades. En ese sentido, es que en mayor medida los ciudadanos, las organizaciones y las empresas reclaman de la Administración pública que la prestación de sus servicios sea cada vez de mayor calidad²³⁰. Por ello, con algunas modificaciones de acuerdo a la especificidad y al ordenamiento jurídico vigente, los objetivos de la Administración deben de ser: la búsqueda de la eficiencia y la economía en el gasto público²³¹.

Mundial; y el otro, que es de carácter institucional. Este se sitúa en la capacidad de las instituciones públicas y privadas para asumir los cambios económicos, sociales y políticos de nuestro tiempo. Citados por MORATA, F., *ibíd.*, p. 19 y ss.

²³⁰ Espacio Formación, *Calidad Total en las Administraciones Públicas*, s/e, Editorial CEP, Madrid, 2006, p. 2-3.

²³¹ En esa línea en España, se han establecido actuaciones para promover la evaluación de la calidad de los servicios que presta la Administración pública, entre los que podemos mencionar: "a) Acuerdo del Consejo de Ministros de 17- 7- 98, para promover la implantación de un sistema de evaluación del rendimiento; b) Real Decreto 1259/ 1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado; c) Impulso en un Plan de calidad en la Administración. (Comparecencia del 17 de febrero de 1999 del Ministro de Administraciones Públicas ante la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas del Congreso); y, d) Implementación Experimental del Modelo Europeo de Gestión de Calidad en la Administración de 18 de marzo de 1999". Puede verse, Espacio Formación, "Calidad Total en las Administraciones...", *Ibíd.*

La actividad administrativa, o sea, la actividad de la Administración pública, debe ir encaminada a considerar los problemas de gestión y de existencia propia, tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes, como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión²³².

Sobre el gobierno y la Administración pública, la OCDE ha dicho que: "una buena, efectiva gobernanza contribuye a fortalecer la democracia, los derechos humanos, promover la prosperidad económica y la cohesión social, reducir la pobreza, potenciar la protección ambiental y el uso sostenible de los recursos humanos, así como aumentar la confianza en el gobierno y la Administración pública"²³³.

La concepción de *governance* ha estado muy arraigada en la cultura anglosajona. En los EEUU por ejemplo, las acciones para evaluar las decisiones y conducta de los funcionarios del gobierno son acuñadas con términos como "gobierno abierto" y "rendición de cuentas", que buscan disuadir a los funcionarios públicos de cometer actos de mala conducta. Ahí, se tiene la Oficina de Ética Gubernamental de los EEUU (USOGE)²³⁴,

²³² Un estudio minucioso sobre la clasificación de la actividad administrativa, en GARRIDO FALLA, F. Tratado de Derecho Administrativo, volumen II, sexta edición, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1983, pp. 146- 154.

²³³ En: http://www.oecd.org/document/19/0,3343,es_36288966_36288607_42800467_1_1_1_1,00.html. (Consultada el 31 de enero de 2010).

²³⁴ Unites States Office of Government Ethics, (USOGE, por sus siglas en inglés). La USOGE, está encabezada por un Director que es nombrado para un mandato de cinco años por el Presidente de los Estados Unidos. Además de la Oficina del Director, ésta se divide en cinco más, que funcionan en conjunto para llevar a cabo la misión de la USOGE. Así: a) La Oficina del Director es responsable de garantizar que la USOGE cumpla el mandato encomendado por el Congreso y el Presidente; b) La Oficina de Iniciativas de Asistencia Internacional y Gobernanza, coordina el apoyo de los esfuerzos de los EUA, en la promoción de la ética internacional y programas de lucha contra la corrupción; c) La Oficina del Abogado General y Política Legal, es responsable de establecer y mantener un marco jurídico uniforme de la ética del Gobierno para los empleados del poder

establecida por la Ley de Ética Gubernamental de 1978; la cual ejerce liderazgo en la rama ejecutiva, para evitar conflictos de interés por parte de los empleados del Gobierno y resolver los que se producen. La USOGE promueve elevadas normas de ética para los empleados y busca reforzar la confianza del público en el Gobierno, para que la función a ellos encomendada, se lleve a cabo con imparcialidad e integridad²³⁵.

La USOGE, elaboró un documento denominado "Normas de conducta ética para los empleados del Poder Ejecutivo", que contiene las directrices básicas que debe seguir todo funcionario para garantizar que los ciudadanos tengan confianza completa con respecto a la integridad del Gobierno. Señala que cada empleado tiene una responsabilidad para con el Gobierno y los ciudadanos, debiendo ser leal a la Constitución, a las leyes y a los principios éticos por encima de cualquier interés personal. Tanto los Principios como las Normas de conducta ética señaladas en este Código son aplicables a los funcionarios y empleados públicos de cualquier oficina de gobierno.

ejecutivo; d) La Oficina de Programas de la Agencia, es responsable de supervisar y prestar servicios a la ética Poder Ejecutivo Federal programas de la agencia; e) La Oficina de Administración y Gestión de la Información, es responsable de las telecomunicaciones, gráficos web y gestión de expedientes, así como la gestión de programas de tecnologías de información y sitio web. Para más información, véase la web de la USOGE, en el sitio: http://www.usoge.gov/about/organization_functions.aspx. (Consultado el 20 de noviembre de 2009).

²³⁵ Algunas de las Leyes estadounidenses en las que se desarrollan y reconocen estos derechos, son: la Ley federal de Libertad de Información y la Ley de Procedimientos Administrativos. Debe verse Vaughn, Robert G., "Transparencia -los mecanismos: gobierno abierto y rendición de cuentas", en Periódico electrónico del Departamento de Estado, de los Estados Unidos de América, vol. 5, núm. 2, agosto de 2000. Publicado en el sitio: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0800/ijds/ijds0800.htm>. (Consultado el 3 de noviembre de 2009).

Ahora bien, como lo pusiera de manifiesto CASTILLO BLANCO²³⁶, el tema de la buena administración se relaciona con las ideas en el ámbito privado del management y la calidad de los servicios, los códigos corporativos, los códigos de buena conducta y la RSE.

Nuestro tema de estudio, ha sido retomado recientemente por el Derecho Público, con los movimientos en torno a la calificada "nueva gestión pública", "gobernanza democrática", y en último término, la búsqueda de la eficacia en la prestación de los servicios públicos y el mejor gobierno y administración, por su influencia en las instituciones pública. En ese sentido, el concepto de buena administración: "se integra por derecho propio en una nueva generación de derechos relacionada con la posición del ciudadano en el Estado de Derecho que profundiza las exigencias a los poderes públicos"²³⁷.

La insatisfacción producida por el modelo clásico administrativo de ejecución automática de la ley, ha motivado a reforzar esa legitimación con nuevas perspectivas, y es aquí, que las ideas de buena administración, calidad y mejora en la prestación de los servicios públicos, refuerzan esa legitimación, con desarrollos normativos y doctrinarios²³⁸.

La idea de que las "instituciones importan", comenzó a ser un principio rector de la nueva línea de trabajo de organismos como el Banco Mundial, el FMI y la ONU²³⁹. En ese sentido, autores como FERRARO Y DOORNBOS²⁴⁰ establecen que en el

²³⁶ Véase CASTILLO BLANCO, F. A., "Derechos y principios relacionados con la buena administración...", op. cit., pp. 355 y ss.

²³⁷ *Ibíd.*, p. 355.

²³⁸ *Ibíd.*, p. 357. Agregaríamos que la buena administración ha propiciado importantes avances en materia de protección de los derechos fundamentales, por su amplio desarrollo jurisprudencial, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

²³⁹ *Vid.*, MORICONI, M., "Revisión crítica: la necesidad de incorporar el buen pensar retórico...", cit., p. 132.

²⁴⁰ Citados por MORICONI, *ibíd.*, pp. 132 y 133.

ámbito de la cooperación internacional, el concepto de gobernanza ha terminado por convertirse en el criterio principal para decidir la concesión de ayuda al desarrollo. Así, la gobernanza se enmarca dentro de los estudios de la Administración pública, como núcleo central del buen gobierno, y en donde resulta importante el régimen político, la gerencia pública y la capacidad del gobierno para responder a las necesidades y deseos de la ciudadanía .

En 1989, el Banco Mundial modificó sustancialmente la orientación en la concepción de la ayuda al desarrollo, tras analizar las pésimas condiciones económicas y sociales en países del África subsahariana; consideró que la falta de una buena gobernanza era un obstáculo insalvable a la hora de mejorar la situación económica, política y social de cualquier país; y la importancia que en el área de la administración y políticas públicas tiene para el desarrollo económico y social²⁴².

El BID y el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA), publicaron en 2003, un informe sobre democracia y desarrollo en América Latina. El Informe consta de una serie de ideas y planteamiento sobre la importancia de contar de instituciones políticas fortalecidas para promover el desarrollo; a través de una democracia que funcione de manera adecuada, como condición para el fortalecimiento de las instituciones y la implementación de políticas públicas eficientes y duraderas, para el logro de un desarrollo equitativo y sostenible²⁴³. Lo anterior, introduce el término gobernabilidad democrática, como una preocupación por su implementación en América Latina²⁴⁴.

²⁴¹ *Ibíd.*, p. 140.

²⁴² *Ibíd.*, pp. 128 y 129.

²⁴³ Un estudio sobre la gobernabilidad y democracia en El Salvador, puede verse en ARTIGA- GONZÁLEZ, A., *Gobernabilidad y democracia en El Salvador*, UCA editores- PNUD, primera edición, 2007, pp. 27 y ss.

²⁴⁴ En ese contexto, la Gobernabilidad Democrática es uno de los ejes prioritarios del PNUD en El Salvador, según el Marco de Asistencia para el Desarrollo de Naciones Unidas 2007-2011, así como el Plan de Acción

En la esfera de las relaciones entre países esto cobra importancia. Hoy día, que el ámbito de la inversión es más internacional, de particular relevancia es el cumplimiento de las prácticas de buen gobierno por parte de las sociedades²⁴⁵. El cumplimiento de estas prácticas implicará un aumento de la confianza tanto de los inversores nacionales, reduciendo los costos de capital, y, estableciendo fuentes de financiación más estables; más aún, si se pretende traer capital global estable a largo plazo²⁴⁶.

C. De buena administración a administración de calidad

Autores clásicos como: SÓCRATES, PLATÓN, ARISTÓTELES y CICERÓN, planteaban que los gobernantes debían estar sujetos a un deber de buen gobierno y buscar la felicidad de todos sus gobernados, no de unos pocos²⁴⁷. En la actualidad, uno de los retos que enfrentan las Administraciones públicas modernas es poder establecer cómo, desde el ejercicio de la función pública, se puede satisfacer las necesidades de los habitantes. Pero existe el hecho que, dentro de los principales problemas que enfrentan los países, en relación a la actividad de sus funcionarios, están la corrupción y la falta de transparencia en el ejercicio de la gestión pública. Ciertamente, que la buena administración llegue a convertirse en administración de calidad, presenta dificultades y obstáculos por hoy vigentes.

Programa País 2007-2011, suscritos ambos con el Gobierno de la República de El Salvador. En este marco, se entiende la gobernabilidad democrática como la interrelación positiva entre seguridad, democracia y desarrollo, y donde, en consecuencia, la democracia juega un papel central como medio y fin en sí misma. Información disponible en el sitio: <http://www.pnud.org.sv/2007/gd/>. (Consultado el 29 de enero de 2010).

²⁴⁵ Ver CRESPO RODRÍGUEZ, M., y ZAFRA JIMÉNEZ, A., *Transparencia y buen gobierno: su regulación en España*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 16 y 17.

²⁴⁶ *Ibíd.*

²⁴⁷ Se sigue en estos postulados a PONCE SOLÉ, J., "Deber de buena administración...", *op. cit.*, pp. 125 y 126.

Lo anterior denota que todavía queda camino por recorrer, especialmente el reconocimiento jurídico en el derecho doméstico -principalmente en la norma constitucional-. Asimismo, establecer un mecanismo efectivo de protección que conlleve el respeto y garantía de este derecho, en los términos expresados en los arts. 1 y 2 CADH²⁴⁸.

Así, DAHL²⁴⁹, en su obra *La poliarquía*, dice que el buen gobierno debe entenderse como un gobierno democrático, que se caracteriza por su continua aptitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos, sin establecer diferencias políticas entre ellos .

²⁴⁸ Las disposiciones citadas reconocen -en el ámbito americano- las obligaciones de respetar los derechos y el deber de adoptar medidas por parte de los Estados suscriptores de dicho instrumento. Establece la CADH: "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano". Por su parte el art. 2, en relación al deber de adoptar disposiciones de Derecho interno, dispone: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

²⁴⁹ Citado por AGUILAR HERNÁNDEZ, F., *Moral pública en los procesos de buen gobierno*, primera edición, Instituto de Administración pública del Estado de México, Universidad Autónoma del Estado de México, México D. F., 2000, p. 132. ,

²⁵⁰ Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el compromiso de transparencia municipal en El Salvador, ratificado por el XIX Congreso Nacional de Municipalidades. Este tuvo como objetivo que el gobierno municipal administrase los recursos públicos en forma eficaz y se informe y rinda cuentas a la opinión pública. MONTE DOMEQ, citado por FARFAN MATA, E. B., "Principio de subsidiaridad", en *Módulo de Derecho Local*, Programa de Doctorado Conjunto en Ciencias Jurídicas,

Otros términos también relacionados a la buena administración y su paso a la administración de calidad son los de "nueva administración pública" y "nueva gestión pública". Establece RAMIRO SÁNCHEZ²⁵¹, que la NPM²⁵² no es un cuerpo teórico doctrinal aún, sino más bien, el intento de conceptualizar las diversas experiencias que se han venido produciendo en las dos últimas décadas del siglo pasado, fundamentalmente anglosajonas, relacionadas con los cambios introducidos en la forma de dirigir, organizar y gestionar, las Administraciones públicas, fortalecidos por los EEUU y el RU, desde los gobiernos de Reagan²⁵³ y Thatcher²⁵⁴.

Con base a citas de autores, principalmente de habla inglesa, se ha conceptualizado la NPM, como el conjunto de nuevos argumentos administrativos, filosóficos, políticos y de visiones gerenciales, interdisciplinarias, que sobre el Estado y la Administración Pública, y sobre los diagnósticos de sus problemas y las propuestas de soluciones, teóricas o prácticas, se han venido desarrollando. La NPM se complementa con visiones sobre los nuevos roles del Estado y la evaluación que

Itinerario de Derecho Público, Universidad de El Salvador, San Salvador, febrero y marzo de 2008, pp. 8- 9: Manifestó que no se debe producir una desvinculación de la misión y objetivos que las autoridades municipales asumen frente a su comunidad y sean merecedores de la confianza ciudadana.

²⁵¹ Véase SÁNCHEZ, R. A., Demandas de calidad de la Administración Pública: un derecho de la ciudadanía, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pp. 21-34.

²⁵² New Public Management, (Nueva Gestión Pública, NPM por sus siglas en inglés)

²⁵³ Ronald Reagan fue presidente de los EEUU, de 1980 a 1988. Una biografía en: <http://www.historiasiglo20.org/BIO/reagan.htm>. (Consultada el 31 de enero de 2010).

²⁵⁴ Margaret Thatcher, fue Primer Ministro del RU, de 1979 hasta 1990. Una biografía puede verse el sitio: <http://www.historiasiglo20.org/BIO/thatcher.htm>. (Consultada el 31 de enero de 2010).

²⁵⁵ Ver SÁNCHEZ, R. A., "Demandas de calidad...", op. cit, p. 22.

debe realizar de su políticas públicas, ya que muchos Estados se ven obligados a rendir cuentas (aún a nivel internacional) para asegurar una buena rendición del dinero público. Esta solo se logra si dentro de los fines de la Administración, se plantea la exigencia de una alta eficiencia de la gestión pública, para lo que se precisa soluciones gerenciales no tradicionales en las burocracias administrativas, para una mejor rendición de cuentas a la ciudadanía²⁵⁶.

Por otro lado, el término de nueva gestión pública²⁵⁷ es introducido en los EEUU como una concepción, que apunta a una mejor eficacia y lleva a una evaluación crítica de los modos tradicionales de funcionamiento de la actividad pública. Bajo el concepto de "federalismo por estratos", ciertas funciones administrativas son realizadas por el gobierno federal mientras que otras diferentes son efectuadas por los Estados o por las Administraciones locales. A través de lo anterior, los funcionarios de todos los niveles de la Administración pública estadounidense, han buscado unificar esfuerzos en beneficio de sus ciudadanos .

En resumen, el término en el que muchos autores coinciden es el de "Nueva Administración pública", como la búsqueda de un grado menor de burocratización, de mayor grado de democracia en la toma de decisiones y de descentralización en los procesos administrativos, todo ello en un interés de la prestación de un servicio público más efectivo y preocupado por los problemas de la población²⁵⁹. GONZÁLEZ PÉREZ²⁶⁰, establece que es necesaria la creación de una serie de medidas encaminadas a garantizar el comportamiento ético de la Administración

²⁵⁶ *Ibíd.*

²⁵⁷ Vid., MARCOU, G., "La Función pública en Francia...", *op. cit.*, p. 51.

²⁵⁸ Puede verse NIGRO, FÉLIX A., y NIGRO, LLOYD G, "Administración...", *op. cit.*, pp. 74 y 75.

²⁵⁹ *Ibíd.*, p.41.

²⁶⁰ Citado por GARCÍA MEXIA, P., "La ética en la Administración Pública" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, núm. 48, septiembre- diciembre 1996, p. 331 y ss.

pública, así como reprimir las conductas contrarias a la ética en la Administración. En ese sentido, plantea una regeneración, que implica la simultánea reconstrucción de los valores éticos en el ámbito público y privado; y el asentamiento de la ética en la Administración.

En definitiva podríamos decir, que el hecho que los asuntos públicos deben ser bien administrados, se convierte en un sentimiento y exigencia de la sociedad. Hoy en día, existe la tendencia de introducir cambios culturales en la conceptualización tradicional de lo que es la Administración pública, que se centra en la consideración del ciudadano como un cliente que participe en el quehacer institucional y por otro lado la adhesión del funcionario a los más altos ideales de honestidad, veracidad, entereza y entrega al servicio²⁶¹; tomando en consideración la forma como está estructurada la Administración pública²⁶².

La noción de Administración de calidad, fue introducida en la UE por el Modelo Europeo de Gestión de Calidad Total, llamado también Modelo Europeo de Excelencia, creado en 1992, por la EFQM para impulsar la mejora de la calidad en las organizaciones europeas. Gracias a su doble condición de instrumento de autoevaluación e instrumento de gestión, permite conocer en qué posición se encuentra una determinada organización o alguna de sus unidades internas, de modo que su gestión pueda orientarse siguiendo los principios de gestión de calidad²⁶³. Una de las máximas virtudes del modelo, es que define los criterios que deben usarse para alcanzar la calidad total o la excelencia. La EFQM ha definido un modelo que integra y hace

²⁶¹ Vid., MUÑOZ MACHADO, A., *La gestión de la calidad total en la Administración pública*, s/e, Díaz Santos D. L., Madrid, 1999, p. 43.

²⁶² El término estructura de una organización, se refiere al conjunto de sus elementos que la componen y su relación entre ellos. Se sigue en este punto el esquema de MUÑOZ MACHADO, A., "La gestión de la calidad total...", op. cit., p. 47.

²⁶³ CSI- CSIF, Andalucía, *Calidad en la Administración Pública*, Publiced, Madrid, octubre de 2006, p. 38.

operativos los componentes de la gestión de calidad y permite disponer de una herramienta para la mejora continua que adaptada puede ser utilizada por cualquier tipo de organización²⁶⁴.

Se ha promovido la utilización del modelo europeo de la EFQM, a través de la creación de un premio europeo a la calidad. En España p. ej., el MAP²⁶⁵ ha adaptado el modelo de la EFQM a los caracteres de la Administración, con el objeto de extender la implantación de programas de gestión de calidad de los servicios públicos basándolos en él²⁶⁶. La EFQM es importante además, para el avance en la adopción de la evaluación como instrumento para la mejora de los servicios que presta la Administración. Ya adaptado a las organizaciones públicas prestatarias de servicios, ha demostrado su alto valor como herramienta de evaluación. Este modelo recoge los principios fundamentales de la gestión de calidad que resulta necesaria para la implementación de la nueva gestión pública, los cuales se resumen en una Administración orientada a los ciudadanos y usuarios y evaluación de los procesos y resultados e incorporación de los procedimientos de mejora continua, que busquen el uso eficiente de los recursos²⁷⁰. En esa forma, se puede agregar además, que los procesos de modernización administrativa alrededor de la urbe han estado marcados por amplios procesos de incorporación de elementos de mercado a las Administraciones públicas. A raíz de la demanda de los ciudadanos de una mayor cantidad de servicios públicos y la satisfacción de nuevas necesidades, por profundas

²⁶⁴ Ver GONZÁLEZ DE DIOS, E., "Plan de calidad en la Administración General del Estado", en TRINIDAD REQUENA, A., (Coord.), Evaluación y calidad en la Administración, INAP, Madrid, 2000, pp. 330 y 331.

²⁶⁵ En España, el modelo EFQM ha sido adoptado por el MAP, por el Real Decreto 1259/1999, de 6 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado.

²⁶⁶ GONZÁLEZ DE DIOS, E., "Plan de calidad en la Administración...", op. cit, p. 331.

²⁶⁷ Vid., Espacio Formación, "Calidad Total en las Administraciones Públicas", ob. cit., pp. 3- 5.

transformaciones sociales y económicas a las que se enfrentan las sociedades modernas, es que surge la noción de Nueva Gestión Pública. Esta se plantea como una corriente de transformación de la Administración que se caracteriza esencialmente por la introducción de criterios de mercado y la aplicación en las entidades públicas de los principios de gestión privada, adaptándolas a las necesidades de dichas instituciones²⁶⁸.

En ese contexto la necesidad de contar con información pertinente sobre los niveles de eficiencia y eficacia pública, ha tenido como consecuencia la creciente importancia de la evaluación de resultados, basándose en la adaptación de modelos gerenciales nacidos en la empresa al ámbito de la Administración pública²⁶⁹. Así la legitimación de las decisiones adoptadas por la Administración pública se determina a través de la eficacia en satisfacer las demandas ciudadanas y la eficiencia en la gestión de **los** fondos públicos; y, la evaluación es un instrumento fundamental en los procesos de transparencia de la acción pública y la rendición de cuentas ante los ciudadanos²⁷⁰.

Frente a esto, hay una cuestión que no debe pasarse por alto. El aplicar modelos gerenciales propios de la empresa privada, nos puede conducir al peligro que el servicio público sea prestado sí con eficiencia, pero no con calidez. Este resultado, se da porque estos factores solo miden resultados (número de casos recibidos, casos resueltos, casos en trámite, tiempo de servicio); olvidándose muchas veces del trato directo con el usuario y de que se está tratando con personas muchas veces vulneradas en sus derechos, o que requieren una pronta soluciones de sus problemas.

En línea con lo que se está diciendo, es que resulta de mucha importancia los Códigos de conducta Administrativa que establecen que la buena administración es más que obtener un

²⁶⁸ AA.W., "Transparencia pública"..., ob. cit., p. 19.

²⁶⁹ *Ibíd.*, p. 20.

²⁷⁰ *Ibíd.*, p. 28.

resultado, sino el iter a seguir para que éste sea considerado no solo legal sino de calidad. En definitiva, que exista una plena satisfacción del ciudadano que lo solicitó. De ahí que, en palabras de RODRÍGUEZ- ARANA²⁷¹: "El verdadero eje de toda política pública está, y se encuentra, en el hombre, en la persona que, no solo es sujeto de derechos, sino que es destinatario de servicios y bienes". Esto en consonancia con lo establecido en el art. 10.1 CE y art. 1 CS.

La vinculación de la Administración pública al principio de legalidad (referida a sus funciones específicas) y los deberes de buena conducta del sector público, están ampliamente relacionados al derecho en estudio. Puede verse manifestaciones normativas en el Derecho español. Por citar algunos ejemplos, se tiene el Código de Ética pública de los Altos cargos y la regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración del Estado²⁷²; y, el Estatuto Básico del Empleado Público²⁷³, que incorpora un Código de Conducta, respecto de los deberes de los empleados públicos.

D. El problema de la corrupción Una amenaza para la administración de calidad.

Como sabemos²⁷⁴., uno de los principales problemas que enfrentan los países, en relación a la actividad de sus funcionarios

²⁷¹ Debe verse RODRÍGUEZ- ARANA, J., *Autonomía y Administración pública*, primera edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1996, pp. 28 y 29.

²⁷² Cfr., Ley 5/2006, de 10 de abril.

²⁷³ Ver, Ley 7/2007, de 12 de abril.

²⁷⁴ A través de resolución núm. 58/4 del 31 de octubre de 2003, la Asamblea General de la ONU, proclamó el 9 de diciembre "Día Internacional contra la Corrupción". Esta decisión se tomó con la finalidad de aumentar la sensibilización respecto de la corrupción, así como del papel que puede desempeñar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para combatirla y prevenirla. La Asamblea instó a todos los Estados y a las organizaciones regionales de integración económica competentes a que firmen y ratifiquen lo antes posible la Convención de las

públicos es la corrupción²⁷⁵. A pesar de lo que pudiera parecer, la corrupción no es un problema solo de los países pobres, ni la pobreza genera corrupción. Más bien, se afirma que sucede lo contrario: la corrupción genera pobreza²⁷⁶. El término corrupción encuentra diferentes matices en el ámbito social, económico y psicológico, entre otros muchos²⁷⁷.

Naciones Unidas contra la Corrupción a fin de lograr su rápida entrada en vigor. Puede verse el sitio: http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/drogas/int_day9.shtml. (Consultada el 1 de febrero de 2010).

²⁷⁵ Un importante aporte reflexivo sobre este punto, es el dado por el profesor LAPUENTE GINÉ, miembro del EFQM. Este manifiesta que las causas de la corrupción no hay que buscarlas en una "mala cultura" o en una insuficiente regulación, sino en la politización de las instituciones públicas. Las Administraciones más proclives a la corrupción -dice-, son aquellas con un mayor número de empleados públicos que deben su cargo a un nombramiento político. El partido que controla un gobierno local puede nombrar multitud de altos cargos y asesores, con plena discreción, y puede haber cientos de personas cuyos salarios dependen de que un partido determinado gane las elecciones. Hace mención de las reformas institucionales que bajaron los altos niveles de corrupción en los EEUU, a través de mecanismos institucionales para seleccionar empleados públicos cuya continuidad en el cargo sea en virtud de su competencia o mérito y no de su lealtad política. La extensa politización de las Administraciones locales y la corrupción descendieron de forma drástica gracias a las reformas institucionales como la sustitución del tipo de gobierno strong-mayor (el tipo de gobierno local que predomina en España y en la mayoría de países Latinoamericanos, en el cual un solo cargo electo: el alcalde p. ej., acumula mucho poder), por el denominado city-manager. En esta nueva forma de gobierno, los cargos electos retienen la capacidad legislativa, pero el poder ejecutivo pasa a manos de un directivo profesional nombrado por una mayoría cualificada de concejales y por un período de tiempo no coincidente con el ciclo electoral, reduciendo así el grado de dependencia política. Vid., LAPUENTE GINÉ, V., "¿Por qué hay tanto corrupción en España?", en Periódico El País, de 27 de marzo de 2009.

²⁷⁶ Vid., FABIÁN CAPARRÓS, E., La corrupción de agente público extranjero e internacional, Ratio Legis, Salamanca, 2002, p. 2 y ss.

²⁷⁷ Encontramos definiciones en los ordenamientos internos. Así, la Ley de ética gubernamental salvadoreña²⁷⁷, establece que la corrupción es: "El uso y abuso del cargo y de los bienes públicos, cometido por servidor público, por acción u omisión, para la obtención de un beneficio económico o de

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, indica que el vocablo "corrupción" significa: "acción y efecto de corromper o corromperse" o "vicio o abuso introducido en las cosas no materiales". Por su parte, la voz "corromper" es definida como "echar a perder, dañar, podrir", "estragnar, viciar" y, más concretamente "sobornar a alguien con dádivas o de otra manera". Ya referido a las organizaciones, especialmente a las públicas, la corrupción es definida como: "práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores"²⁷⁸.

En el marco de los poderes públicos, GARCÍA MEXIA y SAVONA²⁷⁹, apuntan que con el término corrupción se suele dar

otra índole, para sí o a favor de un tercero". Similares disposiciones hay en instrumentos internacionales como la Convención Interamericana contra la corrupción de 1996²⁷⁷. Esta, en su Preámbulo establece: "la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; asimismo que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social". También se establece dentro de los propósitos de la mencionada Convención Interamericana: "1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio". En esa misma línea, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, establece que su finalidad es: "a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos".

²⁷⁸ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Madrid, 2001.

²⁷⁹ Citados por FABIÁN CAPARRÓS, E., "La corrupción de agente público...", op. cit., pp. 3 y 4.

nombre a la oferta o la prestación directa o indirecta a un servidor público de una ventaja indebida, pecuniaria o de otro género, con la finalidad de inducirlo a ejecutar un acto contrario a los deberes de su cargo, o para ejecutar u omitir un acto debido. Su esencia consiste en el uso de medios públicos para fines privados, produciéndose con ello un desvío de recursos de lo general a lo particular. Así, señala, los intereses privados condicionan el funcionamiento de los poderes públicos, perjudicando el ejercicio de los derechos individuales y colectivos garantizados por el propio Estado, que se deslegitima.

En ese contexto, la participación de la sociedad civil es importante en el fomento de la ética y la lucha contra la corrupción. Se ha reconocido a nivel internacional la necesidad de consolidar y reforzar la lucha contra los gobiernos corruptos en todo el mundo, para proteger los intereses financieros de la comunidad global. La corrupción es una amenaza para la gobernanza, el desarrollo sustentable, los procesos democráticos y las prácticas corporativas justas²⁸⁰. Así lo han dejado patentado las principales instituciones internacionales cuyo objeto principal es la búsqueda de mejores gobiernos a través de la erradicación de la corrupción. En esa línea se manejan, instituciones como: Transparencia Internacional²⁸¹, la OCDE²⁸², la UNODC²⁸³ y en el espacio europeo la OLAF²⁸⁴.

²⁸⁰http://www.oecd.org/document/29/0,3343,es_36288966_36288607_42799837_1_1_1_1,00.html. (Consultada el 1 de febrero de 2010).

²⁸¹ Transparencia Internacional (TI), ha definido la corrupción como el abuso de poder en beneficio privado. Esta organización global de la sociedad civil lidera la lucha contra la corrupción y reúne a la gente en una coalición mundial de gran alcance para poner fin a sus efectos devastadores en el mundo. La misión de TI es de crear el cambio hacia un mundo libre de corrupción. Más información en el sitio: <http://www.transparency.org/about> us. (Consultada el 1 de febrero de 2010).

²⁸² Fundada en 1961, la OCDE, agrupa a 31 países miembros comprometidos con la democracia y una economía de mercado. Su finalidad es: a) Apoyar el desarrollo económico sostenible; b) Incrementar el empleo; c) Elevar los niveles de vida; d) Mantener la estabilidad

Como vemos, un elemento insoslayable en todas las definiciones citadas es el compromiso de los Estados en combatir las prácticas corruptas, por ser -además de una infracción penal- un vicio que atenta con el normal desarrollo de los pueblos, ya que afecta directamente la buena gestión pública.

La corrupción puede adoptar muchas formas, que va desde un pequeño tráfico de influencia hasta el soborno más institucionalizado. Por ello, otro elemento importante a considerar lo constituyen los diez principios del Pacto Mundial de

financiera; e) Apoyar el desarrollo económico de otros países; y, d) Contribuir al crecimiento del comercio mundial. La OCDE ha desarrollado normas internacionales de transparencia y cooperación sobre tributación para contrarrestar el abuso fiscal, especialmente en los paraísos fiscales y los países con estricto secreto bancario. El Grupo de Trabajo de Acción Financiera de la OCDE, al que pertenecen Argentina, Brasil y México, también extiende sus actividades al combate contra el lavado de dinero y la financiación del terrorismo. A nivel regional, colabora con la Organización de Estados Americanos en el seguimiento y la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En el sitio: http://www.oecd.org/document/29/0,3343,es_36288966_36288607_427998_37_1_1_1_1,00.html. (Consultada el 3 de febrero de 2010).

²⁸³La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, (UNODC, por sus siglas en inglés), impulsa la lucha contra las drogas ilícitas y el crimen organizado internacional en todo el mundo. En cuanto a la prevención del crimen, la UNODC presta especial atención a combatir el crimen organizado transnacional, el terrorismo, la corrupción y la trata de personas. Puede verse el sitio: <http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/drogas/mandate.shtml>. (Consultada el 3 de febrero de 2010).

²⁸⁴La misión de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, (OLAF, por sus siglas en francés), es proteger los intereses financieros de la Unión Europea, combatir el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad irregular, incluidas las irregularidades dentro de las instituciones europeas. Mediante el cumplimiento responsable, transparente y eficiente de esta misión, la OLAF aspira a brindar un servicio de calidad a los ciudadanos europeos. Más información en el sitio: http://ec.europa.eu/anti_fraudVindex_es.html. (Consultada el 3 de febrero de 2010).

Naciones Unidas²⁸⁵. Su décimo principio está referido a la transparencia en la Administración pública y recomienda luchar contra la corrupción. El Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción es el instrumento legal en el que se basa. El Principio 10²⁸⁶ compromete a los firmantes del Pacto Mundial no solamente a evitar el soborno, la extorsión y otras formas de corrupción, sino también a desarrollar políticas y programas concretos que aborden el tema. Se les plantea a las empresas el reto de unirse a los gobiernos, agencias de la ONU y a la sociedad civil por una economía global más transparente²⁸⁷.

El Pacto Mundial de Naciones Unidas recomienda para luchar contra la corrupción e implementar el Principio 10, tener en cuenta los siguientes elementos: a) Interno: Como primer paso, introducir políticas y programas contra la corrupción dentro de la empresa y en sus operaciones; b) Externo: Informar en el Informe de Progreso anual sobre el trabajo contra la corrupción, presentando ejemplos y casos prácticos sobre las experiencias y

²⁸⁵El Pacto Mundial es una iniciativa internacional propuesta por la ONU dirigida a las empresas, que busca la implantación de unos principios básicos de conducta y acción que permita conciliar los intereses de las empresas, con los valores y demandas de la sociedad civil, y los proyectos de la ONU. Su objetivo es conseguir un compromiso voluntario de las entidades en responsabilidad social, por medio de la implantación de Diez Principios basados en los derechos humanos, derechos laborales, medioambientales y de lucha contra la corrupción. Información disponible en la página de la Red Española del Pacto Mundial de Naciones Unidas en el

sitio: [http://pactomundial.org/index.asp?MP=1 &MS=1 &MN=1&r=819*480](http://pactomundial.org/index.asp?MP=1&MS=1&MN=1&r=819*480). (Consultada el día 3 de mayo de 2010). Otro en esfuerzo a favor de la RSC en España, lo hace la Cruz Roja con el proyecto "Cruz Roja Empresas". Para más información, debe verse el sitio: <http://www.cruzrojaempresas.org/rse/index.php>. (Consultada el 3 de mayo de 2010).

²⁸⁶ El Principio 10 del Pacto Global establece: "Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y soborno".

²⁸⁷ Ver el sitio: <http://pactomundial.org/index.asp?MP=2&MS=0&MN=1&TR=C&IDR=266>. (Consultado el 3 de mayo de 2010).

buenas prácticas llevadas a cabo por la entidad; y, c) Colectivo: Unir fuerzas con el propio sector y otros grupos de interés.

Al amparo de lo que se está exponiendo, podemos citar el caso del "Informe Nolan", en el Reino Unido. El Comité Nolan, fue una Royal Comission²⁸⁸ inglesa, que realizó un informe sobre los standars de conducta de la vida pública y puso en relieve la idea de que es obligatorio construir o restaurar la confianza del pueblo en las instituciones. Encargado por el Primer ministro, el 25 de octubre de 1994, según lo comunicó a la Cámara de los Comunes, el Comité fue presidido por lord Nolan, un juez que realizó una amplia encuesta sobre la erosión de la confianza pública de los gobernados en los gobernantes, debido a los escándalos, corrupción y abusos por parte de la clase política y sobre el nivel de ética que debe existir en la vida política .

El Comité formuló unos "mandamientos básicos" que han de regir en todo caso la actuación de los gestores públicos, y que llamó "los siete principios de la vida pública". Estos son: el desinterés y la correlativa capacidad de asumir el interés público como objetivo de la actuación personal, la integridad, la objetividad, la responsabilidad, la transparencia y la capacidad de decisión²⁹⁰. El informe sugiere que estos principios sean plasmados en un "Código de procedimiento para los nombramientos públicos", manteniéndose por tanto en el plano

²⁸⁸ Según lo explica GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, quinta edición, Editorial Civitas, Madrid, 2005, en nota al pie núm. 98: las denominadas Royal Comissions, se encuentran bajo la autoridad general del Parlamento inglés. Efectúan un estudio objetivo de un problema determinado y proponen recomendaciones para afrontarlo, que suelen ser aceptadas por las fuerzas parlamentarias. El estudio completo del informe Nolan, puede verse en la referencia bibliográfica relacionada, pp. 99- 115.

²⁸⁹ Véase además *Standards in Public Life. First Report of the Committee on Standards in Public Life*, vol. I y II, Report, 1995, citado en la obra relacionada supra.

²⁹⁰ Debe verse GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Democracia, jueces y control de la Administración", op. cit., p. 102.

de los Códigos de conducta y no de formulaciones legislativas, pero con la posibilidad de control de un Commissioner for Public Appointments (Comisionado para los nombramientos públicos), que el Informe Nolan propone establecer; así como también, el Ombudsman inglés, en la medida de su competencia .

Como lo pone de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA²⁹², el estudio de este informe constituye una verdadera revolución en la práctica hasta ahora general de todas las Administraciones europeas, ya que la ética en su actuación, resulta ser uno de los instrumentos más eficaces e imprescindibles para el sostenimiento de la democracia²⁹³.

Valdría decir, que la mayoría de los problemas en la gestión de los asuntos públicos que se observan en el espacio inglés, se producen en cada uno de nuestros Estados, por lo que las recomendaciones del Informe Nolan tienen aplicaciones mutatis mutandi, a nuestra realidad Iberoamericana. Ciertamente, el informe nos lleva a plantear, -como hemos destacado oportunamente- que la Administración pública debe buscar cambios en sus relaciones con la ciudadanía²⁹⁴ que en definitiva, la lleven a re direccionar su actuación.

²⁹¹ *Ibíd.*, pp. 103, 111 y 112.

²⁹² *Ibíd.*, p. 125.

²⁹³ En esa línea, el Papa Benedicto XVI ha dicho que: "Para (...) reducir así la desigualdad entre quienes lo tienen todo y quienes carecen de bienes básicos como la educación, la salud y la vivienda, es fundamental la transparencia y honradez en la gestión pública que, frente a cualquier forma de corrupción, favorecen la credibilidad de las autoridades ante los ciudadanos y son determinantes para un justo desarrollo". Palabras pronunciadas en audiencia en el palacio apostólico de Castelgandolfo, el día 24 de septiembre, disponible en: http://storico.radiovaticana.org/spa/storico/200709/156926_el_papa_expres_a_el_reconocimiento_de_la_santa_sede_a_nicaragua_por_su_posicion_de_respeto_a_la_vida_en_los_foros_multilaterales_y_considera_muy.html. (Consultado el 3 de marzo de 2010).

²⁹⁴ Para estudios recientes de procesos de modernización relacionados con la gobernanza y las condiciones de cambio en la Administración pública, véase VARONA ARCINIEGA, J. A., "Burocracia, gerencia y gobernanza

Ciertamente, tal como lo resume LORENZO DE MEMBIELA , la buena administración es una herramienta para luchar contra la corrupción, que busca consolidar una auténtica modernización de la Administración, y lograr así el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, siendo en definitiva, una estrategia para controlar la arbitrariedad y la desviación de poder. Por ello, otros autores coinciden que aunque se haya avanzado en la calidad de los servicios públicos, falta cubrir todavía aspectos como la transparencia y el control que los ciudadanos debieran ejercer sobre la actuación administrativa que al final, conllevaría al establecimiento de prácticas de buena administración²⁹⁶.

Resulta evidente que los actos de corrupción deslegitiman el sistema democrático y toda la actividad política²⁹⁷. Es por ello, que resulta conveniente la instauración de una cultura ética²⁹⁸ del

ante los nuevos desafíos del estado del bienestar", en GÓMEZ TORRALBO, R., Estado de bienestar y gobernanza, primera edición, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pp. 101- 119.

²⁹⁵ Vid, LORENZO DE MEMBIELA, J. B., "La buena administración como estrategia promotora...", cit., p. 446.

²⁹⁶ En ese sentido, AMILIVIA GONZÁLEZ, M., y NALDA GARCÍA, J. C, "Principios de buena administración y función consultiva", en Revista Española de la Función Consultiva, núm. 9, enero- junio de 2008, p. 19. Asimismo, un abordaje general relacionado a los servicios públicos con enfoque en la legislación salvadoreña y española, en RODRÍGUEZ DE RENGIFO, D., La protección de los usuarios en los servicios públicos, (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Barcelona- Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador, 2006.

²⁹⁷ Así en DÍAZ MUIÑA, M., y MURILLO GARCÍA- ATANCE, I., "La ética administrativa: elemento imprescindible...", cit., p. 137.

²⁹⁸ En GRACIA ROMERO, F. M., y LATORRE VILA, L., "Ética administrativa: reflexiones desde la función pública", en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 31, diciembre de 2007, pp. 144 y 145: Encontramos la dicotomía que nos presenta la ética administrativa. Los citados autores la dividen en el Ethos democrático y Ethos burocrático. En el primer caso, ubican la forma de organización y comportamiento de la Administración y sus trabajadores. Esto reflejado en el art. 62.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007 de 12 de abril), que establece el acto de acatamiento que todo servidor público hace a la Constitución y al Estatuto de Autonomía correspondiente. Lo que se configura como un

sector público, a través de sistemas de control que regule la discrecionalidad en la toma de decisiones que eviten la arbitrariedad de nuestras organizaciones²⁹⁹. Este contenido ético se encuentra presente en los arts. 10 y 103.1 CE³⁰⁰. En el primer caso, a través de la instauración del respeto a la ley y a los derechos como fundamento del orden político y la paz social. Mientras que la segunda disposición, consagra los cuatro principios de actuación de la Administración pública: a) servicio a los intereses generales; b) objetividad; c) eficacia; y, d) sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Todo ello, con criterios de eficiencia y eficacia. De ahí, que en definitiva la propuesta para asegurar la eficacia, sea la adopción de Códigos éticos dotados de un mecanismo de control externo para evitar el deterioro del sistema público.

En este punto, es útil traer a cuenta lo apuntado por PRATS CÁATALA quién manifiesta que el deber de buena administración está muy relacionado con la auto exigencia administrativa de calidad en los servicios públicos³⁰¹. Su planteamiento va más allá. Establece que solo se producirá el salto a la calidad, si existe un equilibrio entre la mejora de las capacidades institucionales y el reconocimiento de la buena administración como un derecho colectivo de participación y control público, que conlleva un correcto comportamiento en relación a los servicios y actuaciones publicas³⁰².

"compromiso ético personal". Consecuentemente, el incumplimiento conllevaría la aplicación del régimen disciplinario correspondiente. Mientras que por otro lado, los valores propios del ethos burocrático, se define en el art. 103 CE con la formulación de principios que deben regir la actuación de la Administración pública. Formulación de principios que se desarrollan en las leyes de Administración respectivas.

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 166.

³⁰⁰ Seguimos en estos postulados a DÍAZ MUIÑA, M., y MURILLO GARCÍA- ATANCE, I., *ibíd.*, pp. 160 y 161.

³⁰¹ *Vid.*, PRATS CATALÁ, J., "La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho...", *cit.*, p. 19.

³⁰² *Ibíd.*, pp. 20 y 21.

Siguiendo al mismo autor³⁰³, el derecho a la buena administración, contribuye a la legitimación de la gestión pública, en la medida que los ciudadanos intervengan positiva y equitativamente en la determinación de políticas, regulaciones, prestaciones y estándares, para satisfacer sus necesidades y demandas.

³⁰³ Citado por AMILIVIA GONZÁLEZ, M., y NALDA GARCÍA, J. C, "Principios de buena administración...", cit., p. 19.

CAPITULO IV.

LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN: LOS TRIBUNALES EUROPEOS Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y SALVADOREÑA

"Toda comunidad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su conducta" (Art. 15 Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, 1789)

A. La jurisdicción como garantía del ciudadano frente a la Administración

Resulta útil comenzar este apartado recordando que en Europa existen dos procedimientos para la tutela de los derechos³⁰⁴. Por un lado, el sistema europeo de protección de los

³⁰⁴ Se sigue en estos postulados a RIPOL CARULLA, S., "Las interacciones entre el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos y el sistema comunitario e protección de los Derechos Fundamentales", en BENEYTO PÉREZ, J. M., (Dir.), MAILLO GONZÁLEZ- ORÚS, J., y BECERRIL ATIENZA, B., (Coords.), Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, derechos Fundamentales, Tomo II, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 60 y ss. La estructura planteada nos parece la más sencilla y adecuada, para el fin que nos ocupa. No obstante, otros autores establecen la complejidad de la protección de los derechos en el espacio europeo. Dice BAQUERO CRUZ, J., "Cooperación, competencia, deferencia: La interacción entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales", en BENEYTO PÉREZ, J. M., (Dir.), MAILLO GONZÁLEZ- ORÚS, J., y BECERRIL ATIENZA, B., (Coords.), Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, derechos Fundamentales, Tomo II, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 119 y 120: que su entramado institucional por una parte, está formado por los tribunales constitucionales, el TJCE y el TEDH. Por otra, un conjunto de instituciones no judiciales como el Parlamento Europeo, el Consejo las

derechos humanos, creado por el Consejo de Europa, a cargo del TEDH; y, el sistema comunitario de protección de los derechos fundamentales, del TJUE. Ambos son mecanismos supra estatales de protección que interactúan con el objeto de lograr la mayor protección de los derechos y libertades fundamentales³⁰⁵.

A estos efectos, conviene mencionar que fue en el Preámbulo del Acta Única Europea, la primera vez que se hace mención, -en la Europa contemporánea- a la protección de los derechos fundamentales³⁰⁶. Posteriormente en el art. F, apartado 2 TUE firmado en Maastricht en 1992. En este texto, se hace mención de la obligación de respetar los derechos con base al CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y los principios generales del Derecho comunitario. Este precepto normativo expresaba a nivel legislativo, lo que el Tribunal de Justicia había consolidado a través de su jurisprudencia³⁰⁷.

Además, las Instituciones y los Estados se encuentran sometidos al control del Tribunal de Justicia³⁰⁸, el cual deberá velar por la aplicación del Derecho comunitario por los jueces y tribunales nacionales. Además corresponde a cada Estado

instituciones políticas nacionales y la Agencia Europea de los derechos fundamentales. Además, una serie de instituciones no gubernamentales que vigilan en los diferentes ámbitos, la tutela de los derechos fundamentales.

³⁰⁵ Tanto el CEDH como la CDFUE permiten que las partes reconozcan una protección mayor de los derechos y libertades, en sus respectivos arts. 53.

³⁰⁶ Seguimos en este planteamiento a SILVA DE LAPUERTA, R., "La protección jurisprudencial de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: nacimiento y evolución", en BENEYTO PÉREZ, J. M., (Dir.), MAÍLLO GONZÁLEZ- ORÚS, J, y BECERRIL ATIENZA, B., (Coords.), Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, derechos Fundamentales, Tomo II, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 19 y ss.

³⁰⁷ *Ibíd.*, p.20.

³⁰⁸ Puede verse STJCE Asunto C- 354/04 P, Gestora Pro Amnistía, de 27 de febrero de 2007, Rec. P. I- 579, punto 51, citada por SILVA DE LAPUERTA, R., *ibíd.*

miembro garantizar su cumplimiento. Esta función se afirmó de forma inicial en la STJCE *Simmenthal*³⁰⁹, cuyo fallo *inter alia* establece que el juez nacional es el encargado de aplicar las disposiciones del Derecho comunitario, incluso, inaplicando el Derecho nacional, sin esperar la derogación de esta norma por vía judicial o legislativa.

Así, el proceso que constituyó la integración de la UE, exigió a los Estados miembros respetar los principios fundamentales del derecho Comunitario europeo en el ejercicio de sus competencias³¹⁰. Como hemos apuntado, fue al TJCE que correspondió el mérito de haber dado respuesta al problema de la protección de los derechos fundamentales a través de su jurisprudencia, a pesar de las dificultades que la normativa comunitaria ofrecía³¹¹. Así, los derechos reconocidos en la CDFUE o bien obtuvieron reconocimiento jurisprudencial directo o derivaron del CEDH, en el que se inspiró la jurisdicción comunitaria para garantizar la protección de los derechos, como principio general del ordenamiento jurídico comunitario.

Si bien la CDFUE en un primer momento no pasó a formar parte del Derecho originario comunitario y a gozar de relevancia jurídica, su contenido generó efectos jurídicos, pues los derechos en ella reconocidos fueron en realidad preexistentes a la misma Carta, en la medida que fueron reconocidos por la jurisdicción europea³¹². La CDFUE constituyó un paso para la construcción de

³⁰⁹ STJCE asunto 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato SpA c. Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, citada por COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo I*, decimoquinta edición, Thomson- Civitas, Madrid, 2004, p. 157.

³¹⁰ CIENFUEGOS MATEOS, M., "El impacto de las Comunidades Europeas en las competencias de las Comunidades Autónomas", en CIENFUEGOS MATEOS, M., et. al., *Estatuto y Unión Europea*, primera edición, Institut d' Estudis Autonòmics, Barcelona, 2006, p. 38.

³¹¹ RALLO LOMBARTE, A., "Reflexiones sobre la protección de los derechos fundamentales en el debate constituyente europeo", en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7, I- 2003, p. 206.

³¹² *Ibíd.*, p. 209.

la UE, aunque en un primer momento no resultó consagrada en los tratados de la UE, es innegable el carácter novedoso de algunos derechos incorporados en la Carta de Niza, atendiendo a su falta de reconocimiento en los textos internacionales clásicos³¹³. Como se verá más adelante, estos razonamientos fueron tomados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo y sirvieron de fundamento en la construcción del llamado principio de buena administración.

En línea con lo que se está exponiendo, -y en relación al tema que nos ocupa- se ha criticado que el régimen comunitario de la protección jurisdiccional de la buena administración, sigue manteniendo restricciones relativas a las condiciones de acceso a la jurisdicción y los actos recurribles³¹⁴. En fe de lo anterior, vamos a detenernos un momento para hacer una sucinta relación a la historia del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en la UE³¹⁵ y la evolución - en ese contexto- del derecho a la buena administración.

³¹³ De importante mención, la buena administración como derecho fundamental.

³¹⁴ Vid., GALERA RODRIGO, S, "El derecho a una buena administración...", ob. cit.,p. 1465.

³¹⁵ La construcción del derecho a la buena administración se hizo sobre la base de la jurisprudencia de los Tribunales Europeos. Apunta, DÍAZ GRECO, M., Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y los Estados miembros, primera edición, Edit. Reus, Madrid, 2009, pp. 20 y 21: que en el ámbito europeo, el Tribunal de Justicia construyó el actual sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE a partir de 1969, a través de las sentencias Stauder (STJCE: Asunto Erich Stauder c. Villa de Ulm, as 29- 69, Rec. 1969, de 12 de noviembre de 1969) y Costa (STJCE: Asunto Costa c. ENEL, as. 6/64, de 15 de julio de 1964). En el primer caso el TJCE afirmaba por primera vez que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario. En el segundo caso, establecía el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional de los Estados miembros. Lo anterior porque los tratados que conformaron lo que hasta hoy conocemos como UE y el CEDH no establecían de manera detallada un sistema específico de protección de los derechos fundamentales.

La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, se instauró como principio general del Derecho comunitario³¹⁶ por la jurisprudencia del TJCE, situación que ahora se positiva en el art. 6 TUE. Así, en el ámbito europeo, la preocupación por la protección de los derechos fundamentales comenzó con la búsqueda del Tribunal de Justicia de la legitimidad del principio de primacía del derecho comunitario³¹⁷.

Fue precisamente este Tribunal que progresivamente va a afirmar que los derechos fundamentales, aunque no estaban recogidos en los tratados constitutivos, sí forman parte del derecho originario en tanto principios generales del derecho de deducibles de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y el Convenio de Roma de 1950. Esto a través de las célebres sentencias Stauder³¹⁸ y Nold³¹⁹, de 1969 y 1974 respectivamente. Este ámbito de protección y límite de poder frente a los derechos fundamentales de los ciudadanos, se amplió de las actuaciones de las instituciones comunitarias a los Estados miembros, en tanto apliquen el derecho comunitario o impongan alguna limitación a las libertades comunitarias, a partir de 1989³²⁰.

³¹⁶ Entendemos que el término "comunitario", se debe sustituir por el de "europeo" o "Unión Europea", con base a la reforma del art. 1 TUE, fruto del Tratado de Lisboa, que sustituye el término "Comunidad Europea". Recuérdese que con estas reformas han desaparecido las Comunidades que fundaron la Unión, por lo que hoy se debe hablar también de Derecho de la Unión europea.

³¹⁷ Se sigue en estos planteamientos a PASCUA MATEO, F., "Derechos fundamentales y fuerzas armadas de la Unión europea", en Revista Española de Derecho Europeo, núm. 14, Thomson- Civitas, abril- junio 2005, pp. 221 y 222.

³¹⁸ STJCE asunto 29/69, de 12 de noviembre de 1969, Stauder c. Ciudad de Ulm, párr. 7, cita4a por PASCUA MATEO, F., *ibid.*, p. 222, nota al pie núm. 8.

³¹⁹ STJCE asunto 4/1973, de 14 de mayo de 1974, Nold KG c. Comisión, párr. 13, citada por PASCUA MATEO, F., *ibid.*, p. 222, nota al pie núm. 10.

³²⁰ STJCE, asunto 5/1988, de 13 de julio, Wachauf c. Alemania, párr. 19, citada por PASCUA MATEO, F., *ibid.*, p. 222, nota al pie núm. 11.

Ciertamente, fue el Tribunal de Justicia por vía pretoriana, que estableció un sistema de protección de los derechos fundamentales inspirándose primero, en el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes; y posteriormente, en la CDFUE, la cual es una declaración que recoge los derechos que los ciudadanos disfrutaban frente a la UE. Consolida además, en un mismo texto común el acervo comunitario en materia de derechos fundamentales³²¹. Por su lado el art. 6.1 TUE, convierte a la CDFUE en Derecho Originario de la UE, ya que le otorga el mismo valor jurídico que los Tratados de la UE³²². Además, con base al art. 6.3 del TUE, ha establecido que los derechos garantizados por el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros son parte del Derecho de la UE como principios generales del Derecho. Este recorrido histórico resulta importante para el tema que nos ocupa, porque precisamente de la forma descrita, es que el Tribunal de Justicia introdujo el reconocimiento y protección a la buena administración.

Ahora bien, el Tratado de Lisboa que modifica el TUE y el TCE, ha sustituido el art. 6 TUE con una nueva redacción que

³²¹ Sobre los derechos reconocidos en la CDFUE, en opinión de ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M., "La Europa que viene...", op. cit., p. 154: "la existencia y obligatoriedad jurídica de este catálogo de derechos aporta visibilidad al compromiso europeo con los derechos fundamentales, seguridad jurídica en cuanto a los mismos e, incluso, una mayor protección a los ciudadanos europeos, en la medida en que se regulan nuevos derechos o reconocidos en los catálogos nacionales o en el CEDH". Como más adelante tendremos ocasión de exponer, dentro de este catálogo de "nuevos derechos", nos encontramos con la buena administración, objeto del presente estudio.

³²² Llegando autores relevantes a afirmar que se convierte en un "tercer tratado", haciendo alusión a los dos tratados que conforman el Tratado de Lisboa: el TUE y el TFUE. Véase el Prólogo de GIL- ROBLES, J. M., en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M., "La Europa que viene...", op. cit., p. 16.

introduce dos importantes novedades . Como se ha mencionado, la primera es la declaración del valor jurídico vinculante, al mismo nivel que los Tratados constitutivos, de la CDFUE. Y la segunda, la facultad de competencia a la UE, para permitir su adhesión al CEDH.

Debe recordarse que, la protección de los derechos fundamentales en la UE como principios generales del Derecho comunitario, fue una edificación jurisprudencial, que encontró su creación legislativa a través del Tratado de Maastricht. Ahora con el Tratado de Lisboa, se introduce una nueva redacción al art. 6 TUE, que como hemos puntualizado, atribuye el mismo valor jurídico de los tratados constitutivos de la UE a la CDFUE.

Por tanto, la novedad significativa del Tratado de Lisboa es la incorporación de la CDFUE y el CEDH como derecho originario³²⁴. Además, el grado de paralelismo que entre la CE y la CDFUE es elevado, ya que el ordenamiento español recibe la jurisprudencia del TEDH y TJUE como un canon hermenéutico jurídicamente necesario³²⁵, al amparo de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

Esto conllevará, como lo ha establecido MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES³²⁶, a una mayor coherencia y

³²³ Los argumentos planteados pertenecen a SILVA DE LAPUERTA, R., "La protección jurisprudencial de los Derechos Fundamentales...", op. cit., p.21.

³²⁴ Recordar que fue a partir del CEDH de 1950, (ratificado por España en 1977), que nos encontramos con un nuevo catálogo de derechos, acompañado esta vez de un conjunto de órganos y procedimientos destinados a garantizar coactivamente su eficacia.

³²⁵ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La Carta de derechos: algunos problemas", en ALVAREZ CONDE, E., et. al., Comentarios a la Constitución europea, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 52-58.

³²⁶ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., Tratado de Lisboa, Estudio Preliminar, Real Instituto El Cano, p. 21. La información puede ser consultada en el sitio web: www.realinstitutoelcano.org/especiales/EspecialFuturoEuropa/docs/Tratado

coordinación entre las jurisprudencias del TEDH y el TJUE y a una protección más eficaz y armónica de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Porque como dice ROVIRA³²⁷: "ya no es suficiente con declarar los derechos para asegurar su protección, es necesaria la intervención del Estado y de los organismos internacionales para remover los obstáculos que dificultan su realización, es necesario añadir a las Declaraciones un amplio abanico de técnicas e instituciones que tutelen su efectividad".

Regresando al tema que nos ocupa, apuntamos que el derecho a la buena administración es construido por la jurisprudencia europea a través de una interpretación encaminada a la búsqueda de una gestión pública más óptima en beneficio de los ciudadanos³²⁸. Y es que cuando la buena administración fue reconocida como derecho fundamental en Niza, ya se contaba con un amplio repertorio de soluciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia³²⁹.

Lisboa2007/Perez_Nanclares_estudio_preliminar_def.pdf. (Consultado el 16 de abril de 2010).

³²⁷ ROVIRA A., "Los Defensores del Pueblo y la Convención de Prum", en Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 7, enero- junio de 2007, p. 209.

³²⁸ LORENZO DE MEMBIELA, J. B., "La buena administración como estrategia promotora...", cit., p. 448.

³²⁹ Otras sentadas con fechas anteriores sobre el reconocimiento de la buena administración en DÍAZ MUIÑA, M., y MURILLO GARCÍA-ATANCE, I., "La ética administrativa: elemento imprescindible...", cit., nota al pie núm. 18, p. 164; Tribunal de Justicia, asuntos acumulados C-33/79 y C-75/79 de 28 de mayo de 1980; asunto C-191/81 de 9 de diciembre de 1982; asunto C-321/85 de 23 de octubre de 1986. Esto ha llevado a la doctrina a valorar el aporte de los Tribunales Europeos. Así, establece MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas, primera edición, Thomson- Civitas, Navarra, 2007, p. 22: que una de las más claras señas de identidad europea es la "cultura de los derechos fundamentales" producto de la jurisprudencia, -principalmente del Tribunal de Estrasburgo- que bien merece la pena conocer y tratar de incrementar.

B. La construcción del derecho a la buena administración hecha por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los actos comunitarios tienen validez propia³³⁰ y no necesitan de un acto posterior de los Estados para entrar en vigor³³¹. En especial, los Estados miembros de la UE deben abstenerse de adoptar cualquier tipo de procedimiento o acto que pueda disminuir la competencia del TJUE, para pronunciarse sobre cualquier cuestión de interpretación del Derecho comunitario o sobre la validez de los actos emanados de sus instituciones³³².

El TJUE, cumple la función de órgano de control del Derecho comunitario europeo³³³. Adquiere una competencia

³³⁰Es indiscutible desde el punto de vista del Derecho Internacional, qué es éste el que prevalece en caso de conflicto con el Derecho interno y que un Estado no puede invocar disposiciones de su Derecho interno para justificar el incumplimiento de los tratados. Tales cuestiones resultan de vital importancia, cuando en el Derecho Internacional contemporáneo, nos encontramos con algunas organizaciones internacionales como la Unión Europea, cuyas decisiones surten efectos directos al interior de los Estados y cuyos órganos jurisdiccionales admiten el acceso de los particulares. Vid., PASTOR RIDRUEJO, J. A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, Décimo tercera edición, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 167- 169. Asimismo, véase el art. 27 CVDT, con la excepción contenida en el art. 46 del mismo instrumento. En esa línea, la aplicabilidad directa de las normas comunitarias tiene su fundamento en el art. 249 del TCE, el cual establece que la normativa comunitaria será directamente aplicable a cada Estado miembro.

³³¹ CHITI, M. P., Derecho Administrativo Europeo, primera edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 80.

³³² Postura sintetizada por la sentencia del TJCE Simmenthal de fecha 9 de marzo de 1978. Comentarios y resumen de la sentencia referida en el sitio: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977JO106:EN:HTML#SM>. (Consultado el 9 de diciembre de 2009).

³³³ Como se ha planteado, el recién vigente Tratado de Lisboa, modifica los dos Tratados europeos fundamentales, que son el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, pasando este último a denominarse «Tratado de Funcionamiento de la

prejudicial general en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, debido a la desaparición de los pilares y a la supresión por el Tratado de Lisboa de los arts. 35 UE y 68 CE, que establecían restricciones a la competencia del Tribunal de Justicia³³⁴. Además, de conformidad con el art. 6 apartado 1 TUE, la CDFUE adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados e integra el "bloque de constitucionalidad" sobre el que puede pronunciarse el Tribunal de Justicia³³⁵.

Tal como lo ha establecido en su jurisprudencia³³⁶ el TJUE, se caracteriza por su naturaleza supranacional y carácter vinculante para los Estados miembros de la UE, el cual se ve asistido y aplicado también por los sistemas jurídicos nacionales. El Tribunal basado en el art. 52 de la CDFUE, declaró que la presencia del derecho a la buena administración en la Carta de Niza, debe ser interpretada como que forma parte del reconocimiento de derechos en las tradiciones constitucionales

Unión Europea» (TFUE). La Unión Europea, desde ahora dotada de personalidad jurídica, sustituye a la Comunidad Europea. Como consecuencia de ello, a semejanza de las instituciones que cambian de denominación, el sistema jurisdiccional de la Unión en su conjunto toma el nombre de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (TJUE) compuesto por tres órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública. Comunicado de prensa del TJUE, de fecha 30 de noviembre de 2009, disponible en el sitio: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-12/cp090104es.pdf>. (Consultado el 18 de enero de 2010). Para un estudio sobre la composición, organización y relaciones con otros órganos comunitarios del Tribunal de la Función Pública de la UE, puede verse FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El Tribunal de la función pública de la Unión Europea", en Revista Española de Derecho Europeo, Thomson-Civitas, núm. 13, enero- marzo, 2005, pp. 11-34.

³³⁴ Comunicado de prensa del TJUE, cit.

³³⁵ *Ibíd.*

³³⁶ Para un estudio detallado sobre la organización y funcionamiento del TJUE, puede verse la obra conjunta de MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., "Instituciones y Derecho de la Unión Europea", antes citada.

comunes. A pesar que junto al derecho de acceso a los documentos constituye un derecho de "nueva generación"³³⁷.

La resolución que dio pie a lo anterior, en definitiva fue el caso *Max.Mobil Telekommunikation c. Comisión*, del TPI, en la que el TJ *inter alia* estableció: "... la tramitación imparcial de una denuncia se refleja en el derecho a una buena administración, que forma parte de los Principios Generales del Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros"³³⁸.

De manera más progresiva, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo da noticia sobre el derecho a la buena administración, pero ya en el ámbito de la Administración³. Los postulados al respecto, establecen que el principio a una buena administración comprende el derecho de defensa, la seguridad jurídica y la proscripción de incoación de procedimientos disciplinarios de manera igualmente extemporánea y adoptar una sanción disciplinaria sin esperar a la resolución firme del órgano jurisdiccional penal. Así lo dejó establecido el TPI en el asunto *Francois c. Comisión*³⁴⁰. En el apartado 110, de la misma sentencia, el mismo Tribunal también dejó establecido que se

³³⁷ Vid., PÉREZ CARRILLO, E. F., "El derecho de acceso a los documentos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en RUIZ MIGUEL, C. (Coord.), *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 120.

³³⁸ STPI, asunto *Max.Mobil Telekommunikation Service GMBH c. Comisión*, de enero de 2002, párr. 48, citada por PÉREZ CARRILLO, E. F., *ibíd.* En ese contexto resultan ilustrativas además, las STPI asuntos acumulados T- 219/02 y T- 337/02, *Herrera c. Comisión*, de 28 de octubre de 2004, apartado, 102; y, asunto T- 193/04 R, *Hans- Martin Tillack vs Comisión*, de 4 de octubre de 2006, apartado 128.

³³⁹ Se continua utilizando el esquema propuesto por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., "La buena administración como estrategia promotora...", *cit.*, pp. 453- 455.

³⁴⁰ STPI, asunto *Francois c. Comisión*, de 10 de junio de 2004, Sala Quinta, citada por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *ibíd.*, p. 453.

constituye como violación al principio de buena administración y daño moral la dilación en el procedimiento de investigación de irregularidades disciplinarias.

En el sentido expuesto, constituye también para el Tribunal de Justicia un atentado al principio de buena administración y confianza legítima, que las decisiones o acuerdos administrativos no hayan sido adoptados dentro de determinados límites temporales. Así lo dejó establecido el TPI en el asunto José Martí Peix c. Comisión³⁴¹, en la cual manifestó el Tribunal: "La demandante afirma que, según reiterada jurisprudencia, existe en Derecho comunitario un principio general, basada en las exigencias de seguridad jurídica y buena administración, que obliga a la Administración a ejercer sus facultades dentro de determinados límites temporales, en aras de la protección de la confianza legítima que en ella depositan los administrados...".

Otro matiz proveído al derecho en estudio por el TPI, fue considerar como exigencia del deber de buena administración, facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante en un procedimiento administrativo. Así lo dejó establecido la STPI en el asunto Bonn Fleisch Ex- und Import c. Comisión³⁴².

De especial consideración, es la el asunto Volkswagen c. Comisión³⁴³, en el que el Tribunal de Justicia, estableció que el principio a una buena administración obliga a la Administración a tratar con dignidad a los administrados y respetar su reputación. Incluso el Tribunal fue más allá estableciendo vulneración a la "dignidad de la empresa". Manifestó el Tribunal de Justicia,

³⁴¹ STPI, asunto José Martí Peix c. Comisión, de 13 de marzo de 2003, Sala Tercera, párr. 97, citada por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *ibíd.*, p. 454.

³⁴² STPI, asunto Bonn Fleisch Ex- und Import c. Comisión, de 27 de febrero de 2003, párr. 107, citada por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *ibíd.*, p. 455.

³⁴³ STPI, asunto Volkswagen c. Comisión, de 6 de julio de 200, párr. 281, citada por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *ibíd.*, p. 455.

refiriéndose al principio contradictorio, que: "Este principio se deriva, en particular, de la necesidad de respetar la reputación y dignidad del interesado mientras éste no haya sido condenado. En el caso de autos, procede considerar que la Comisión ha vulnerado la dignidad de la empresa imputada al provocar una situación en la que ésta ha tenido noticia por la prensa del contenido preciso de la sanción que debía, con gran probabilidad, imponérsele. En este sentido, el deber de la Comisión de no divulgar a la prensa información sobre la sanción precisa proyectada no solo coincide con su obligación de respetar el secreto profesional, sino también con su obligación de buena administración (...)".

Establece LORENZO DE MEMBIELA³⁴⁴ que la jurisprudencia del TJCE ha ido moldeando la buena administración como derecho fundamental que abarca diversos derechos, entre los que nos encontramos con:

1. Derecho a un tratamiento equitativo, imparcial y razonable de los asuntos por parte de las instituciones y órganos de la Unión, en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.
2. Derecho del afectado a ser oído.
3. Derecho de acceso al expediente.
4. La responsabilidad contractual y extracontractual de la Unión.
5. La obligación de motivar las decisiones administrativas.
6. El derecho a dirigirse y a recibir respuesta en la lengua de los Tratados de su elección.
7. Someter al Defensor del Pueblo los casos de mala administración.
8. La garantía de la autoridad e imparcialidad del poder judicial.

Un elemento significativo, es el señalado por BALAGUER CALLEJÓN, cuando establece que el Tribunal de Justicia despliega importantes funciones que son semejantes a las de los tribunales constitucionales nacionales, las cuáles se desarrollan en

³⁴⁴ Citado por DÍAZ MUIÑA, M., y MURILLO GARCÍA- ATANCE, L., "La ética administrativa: elemento imprescindible...", cit, p. 164.

un contexto normativo que hacen del Tribunal de Justicia algo más que un tribunal constitucional³⁴⁵. No obstante, -apunta el autor citado- el Tribunal de Justicia ha tenido un importante papel en la conformación del orden comunitario europeo, lo que no es comparable a un tribunal constitucional nacional, por importante y decisiva que haya sido su labor en la interpretación de la Constitución nacional, ya que su producción jurisprudencial se da en el ámbito de disposiciones y normas constitucionales.

En el espacio europeo, -a contrario sensu- ha sido el Tribunal de Justicia, el que ha establecido los principios fundamentales de articulación del ordenamiento comunitario europeo y de su relación con la legislación nacional³⁴⁶. Como hemos venido apuntando, el ejemplo más claro lo constituye la incorporación de derechos a los ordenamientos internos, a través de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros o el CEDH. De esta forma: "el TJCE tiene que actuar simultáneamente en el ámbito legislativo y en el constituyente"³⁴⁷.

C. El aporte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se instaura con base al art. 21 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante CEDH o Convenio de Roma). Según el art. 32 del CEDH, la competencia del Tribunal, se extiende a todas las cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación del CEDH y sus Protocolos³⁴⁸; que le sean sometidas por asuntos

³⁴⁵ Vid., BALAGUER CALLEJÓN, F., "Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea", en Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 7, enero-junio 2007, p. 330.

³⁴⁶ *Ibíd.*, p. 331.

³⁴⁷ *Ibíd.*

³⁴⁸ Catorce Protocolos a la fecha, siendo el último que aún no ha entrado en vigor, referido a las funciones del TEDH, de 13 de mayo de 2004. Puede verse LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y GARCÍA-COMENDADOR

presentados por los Estados Partes (Art. 33 CEDH); por demandas individuales presentadas por personas físicas, organización no gubernamentales³⁴⁹ o grupos de particulares, por violación a los derechos reconocidos en el CEDH o sus Protocolos (art. 34 CEDH); o emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros de la Unión (arts. 47- 49 CEDH).

Así, de conformidad al art. 46 CEDH, los Estados miembros se comprometían a acatar las sentencias del TEDH en los litigios en que fueran parte, y con base al art. 41 del mismo Convenio, el Estado europeo debe reconocer una satisfacción equitativa. Ello supone que el TEDH, puede imponer indemnizaciones pecuniarias y sus decisiones son vinculantes para los tribunales de los Estados miembros³⁵⁰.

El TEDH, ha dado su aporte en defensa de los derechos fundamentales de las personas en la Unión³⁵¹ reforzando de

ALONSO, L., *Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, primera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 129- 172.

³⁴⁹ Al respecto de las organizaciones gubernamentales, para los efectos del art. 34 CEDH, el TEDH ha establecido que se entiende por tales no solamente los órganos centrales del Estado, sino también las organizaciones descentralizadas que ejercen funciones públicas, cualquiera que sea su grado de autonomía y se incluyen entre ellas las Comunidades Autónomas españolas. (Auto de inadmisión de la demanda formulada por la Comunidad Autónoma del País Vasco c. España, de 3 de febrero de 2004). Vid., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y GARCÍA- COMENDADOR ALONSO, L., *ibíd.*, p. 119.

³⁵⁰ *Ibíd.*, p. 378.

³⁵¹ A manera de ejemplo, se citan dos casos que merecieron una condena a España: las sentencias López Ostra y Miragall Escolano, ambas dirigidas a la tutela de derechos consagrados en el CEDH³⁵¹. En la sentencia López Ostra, de 9 de diciembre de 1994, dirigida a la tutela del derecho a la vida privada y familiar, (art. 8 apart. 3 CEDH), el Tribunal de Estrasburgo ampara a la solicitante por la inactividad de la Administración municipal, haciendo una interpretación extensiva al medio ambiente no reconocido por el CEDH. En el segundo caso, en la sentencia Miragall Escolano, de 25 de enero de 2000, se reconoció el derecho a un juicio justo, (art. 6 apart. 1 CEDH), en la que se reconoció que los plazos deben de correr desde que se

manera indirecta las garantías establecidas en el Derecho Administrativo, que poseen las personas en relación a la Administración pública³⁵². Así, en los últimos años, el TEDH desde Estrasburgo, ha defendido firmemente la necesidad de un control judicial imparcial e independiente de los actos de la Administración, contribuyendo así a superar paradigmas pasados y a consolidar unos principios comunes de Derecho Administrativo europeo³⁵³.

En el terreno de lo que nos ocupa, es importante mencionar que el Tribunal de Estrasburgo a través de su jurisprudencia ha requerido a los Estados partes instaurar un sistema de vigilancia judicial de la actividad de la Administración³⁵⁴. Para BOYLE³⁵⁵, a la luz del art. 6.1 CEDH, en los procesos administrativos se requiere un mayor control de los procedimientos de las autoridades administrativas. Aunque la concepción tradicional es

tiene conocimiento de una sentencia y no desde que es dictada. Véase GALERA RODRIGO, S., "El derecho a una buena administración...", op. cit, p. 1443.

³⁵² Todos los Estados miembros de la UE son parte del CEDH y reconocen la jurisdicción obligatoria del TEDH frente a las posibles violaciones de los derechos y libertades reconocidos por el mismo. Sin embargo, el CEDH no produce los mismos efectos en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales. En algunos países los jueces nacionales pueden aplicar por sí mismos el CEDH (Bélgica, Alemania, España, Francia, Italia, Grecia, Luxemburgo o los Países Bajos). Mientras que en otros, no han podido aplicarlo de forma directa, sino hasta recientes evoluciones (Dinamarca, Irlanda o Reino Unido). Así, el sistema europeo de protección podría estar llamado a compensar las carencias y limitaciones de los sistemas nacionales de protección, especialmente en los países donde no existe control de constitucionalidad (Holanda y Reino Unido). Al respecto, véase RIDEAU, J., "Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos", en MATÍA PORTILLA, F. J., (Dir.), "La protección...", op. cit., p. 62.

³⁵³ PADRÓS REIG, C, y ROCA SAGARRA, J., "La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Revista de Administración Pública, núm. 136, enero- abril de 1995, p. 236.

³⁵⁴ *Ibíd.*, p. 269.

³⁵⁵ Citado por PADROS REIG, C, y ROCA SAGARRA, J., *ibíd.*

que el derecho a la tutela judicial es un mecanismo de control de la jurisdicción, el TEDH estableció que ningún acto de la Administración pública queda exento de dicho control³⁵⁶. En definitiva, el hecho que la actividad de la Administración pública sea objeto de control, no se opone al hecho que ésta deba gozar de un cierto grado de libertad en su actividad y discrecionalidad en sus decisiones para implementar políticas públicas y en general alcanzar sus objetivos³⁵⁷.

Existe amplia jurisprudencia de los Tribunales europeos sobre el derecho a la buena administración³⁵⁸. En primer lugar, el Tribunal de Estrasburgo demuestra a través de su jurisprudencia, que la buena administración no es exclusiva del ámbito administrativo, sino que la relaciona a la materia penal. Al respecto, el TEDH dispuso con base al principio a una buena administración de justicia, que cualquier restricción de derechos de defensa se debe encontrar suficientemente fundamentada. Puede verse así en el asunto Van Mechelen, et. al., c. Países Bajos³⁵⁹. Se estableció además, como principio de buena administración, la celeridad en los procesos judiciales, en el asunto Intiba c. Turquía³⁶⁰, en el cual, mencionó que no obstante el art. 6 del Convenio RCL 1999/1190 y 1572, prescribe la celeridad en los procesos, también es cierto que consagra igualmente el principio de una buena administración de la justicia.

³⁵⁶Las primeras sentencias sobre el particular son: De Cubber, Le Compte I y II, Benthem y Sporrog, y Lónnroth; citadas por PADROS REIG, C, y ROCA SAGARRA, J., *Ibíd.*, pp. 268 y 269.

³⁵⁷ *Ibíd.*, p. 272.

³⁵⁸ Seguimos a continuación estructura jurisprudencial propuesta por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., "La buena administración como estrategia promotora...", *cit.*, pp. 449- 447.

³⁵⁹ STEDH, asunto Van Mechelen, et. al., c. Países Bajos de 23 de abril de 1997, citada por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *ibíd.*, p. 450.

³⁶⁰ STEDH núm. 42585/1998, asunto Intiba c. Turquía, de 24 de mayo de 2005, citada por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *ibíd.*, pp. 449 y 450.

Del mismo modo, otra resolución relacionada, es la del asunto *Du Roy y Malaurie c. Francia*³⁶¹, en la que afirmó que un límite a la libertad de expresión se produce por incidencia al principio de una buena administración que consagra la presunción de inocencia del inculpado. Manifestó el Tribunal: "Ciertamente, los periodistas que redactan artículos sobre los procedimientos penales en curso no deben franquear los límites fijados para una buena administración de justicia, y deben respetar el derecho de un acusado a la presunción de inocencia".

Ya en materia administrativa, con base a este principio, el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Ertas Aydin et. al., c. Turquía*³⁶², en la estableció *inter alia* que el traslado de funcionarios de un municipio a otro, cuando las necesidades del servicio lo requieran, están contempladas dentro del marco de la gestión y del ejercicio de una buena administración del servicio público del Estado.

D. La jurisprudencia española y salvadoreña como garante de la buena administración

El incumplimiento del deber de buena administración, constituiría un "funcionamiento anormal", por cumplimiento defectuoso u omisión, de los servicios públicos y por tanto acarrear responsabilidad patrimonial de la Administración, de forma específica, contra el instructor del procedimiento³⁶³.

De ahí, que también la jurisdicción contencioso administrativa juega un papel importante como garantía del derecho a la buena administración. En especial a lo relativo al

³⁶¹ STEDH, asunto *Du Roy y Malaurie c. Francia*, de 3 de octubre de 2000, ap. 50, citada por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *ibíd.*, p. 450.

³⁶² STEDH, asunto *Ertas Aydin et. al., c. Turquía*, 20 de septiembre de 2005, citada por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *ibíd.*, p. 449.

³⁶³ Por cumplimiento defectuoso u omisión, y violación expresa de las siguientes disposiciones legales: Art. 9.3, en relación al 106.2 y 35 apartado j, todos de la CE; y, art. 139.1 y ss. LRJPAC. Véase PONCE SOLÉ, J., "El deber de buena administración...", *op. cit.*, p. 678.

seguimiento de un procedimiento debido, como institución de rango constitucional, que puede lograr el servicio más adecuado al interés general, con el respeto debido de los derechos e intereses de los ciudadanos³⁶⁴. Además, controlando y eliminando decisiones contrarias a Derecho, pero sin imponer una alternativa, ya que es la propia Administración la que debe tomarla³⁶⁵. Esto, ya que por un lado corresponde a la Administración tomar una decisión discrecional razonable, pero la jurisdicción contenciosa no puede entrar a ponderar sobre si existe o no otra decisión mejor³⁶⁶. Asimismo, la legislación penal española bajo el acápite "funcionamiento correcto de la Administración", establece los mecanismos de control del desarrollo de la actividad administrativa; ya que si una autoridad o funcionario público dicta una resolución arbitraria en un asunto administrativo o a sabiendas de su injusticia, comete prevaricación³⁶⁷.

El art. 41 de la Carta de Niza aparece en la jurisprudencia de los tribunales Contencioso Administrativos españoles, que la utilizan como parámetro interpretativo en materia de reconocimiento, protección y garantía de los derechos³⁶⁸. La primera alusión a la buena administración como derecho se encuentra en la sentencia de 27 de diciembre de 2001 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que establece³⁶⁹: "...la Carta de derechos fundamentales de la Unión

³⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 685 y ss.

³⁶⁵ *Ibíd.*, p. 697.

³⁶⁶ *Ibíd.*, p. 739, nota al pie núm. 149.

³⁶⁷ *Ibíd.*, pp. 682 y 683.

³⁶⁸ Puede verse SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P. A., "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho de la Unión europea*, núm. 15, Segundo semestre, 2008, p. 254.

³⁶⁹ *Vid.*, CARMONA RUANO, M., "Aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales en la Unión Europea por la jurisprudencia española". Ponencia del Seminario sobre la aplicación jurisprudencial de la CDFUE, celebrado en la ciudad de Sevilla, el de fecha 3 de noviembre de 2006. Disponible en el sitio: <http://www.juecesdemocracia.es/flindacion/ponenciassevilla/Aplicaci%F3ndelaCartaMiguelCarmona.pdf>. (Consultado el 3 de enero de 2010). Igual

Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

En ese contexto, la STS Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, de 3 de julio de 2007, aclara³⁷⁰: "El derecho de protección jurídica en las relaciones con las Administraciones Públicas, que se refleja en el derecho a una buena administración, que impone que el asunto sea tratado imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, que se consagra en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, no garantiza el derecho de los ciudadanos y Entes públicos a seleccionar arbitrariamente el procedimiento administrativo que consideren adecuado para satisfacer la salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos, al tratarse de una facultad que se atribuye a la Administración Pública competente para incoar el procedimiento legalmente establecido".

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección séptima, ha estimado que el principio de una buena administración, es el antecedente de la obligación administrativa de servir con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE). Así lo ha dejado establecido en STS de 7 de octubre de 1999, que inter alia establece que la falta de motivación o un razonamiento de la Administración que explique el procedimiento para adoptar una decisión, incurrirá en arbitrariedad de los poderes públicos, privándose al órgano jurisdiccional de la posibilidad de controlar si la actividad de la Administración sirve con objetividad a los intereses generales, conforme al art. 103.1 de la Norma

análisis en SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P. A., "La Carta de Derechos...", cit., p. 242.

³⁷⁰ *Ibíd.*, p. 243.

Fundamental española, que viene inspirada por las exigencias de los principios de buena administración³⁷¹.

En concordancia con lo anterior, el mismo Tribunal ya había establecido que el principio de buena administración proscribía la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, mediante STS de 29 de junio de 1999³⁷².

El Tribunal Constitucional por su lado, no ha invocado el art. 41 de la Carta de Niza, pero sí el Tribunal Supremo³⁷³. Así, la Sala tercera lo ha hecho en las sentencias siguientes: de 10 de diciembre de 2003; de 29 de marzo de 2004; de 2 de junio de 2004; de 9 de junio de 2004; de 21 de septiembre de 2004; de 28 de septiembre de 2004; de 30 de noviembre de 2004; de 22 de febrero de 2005; de 23 de mayo de 2005; y, de 13 de diciembre de 2005.

El procedimiento administrativo se convierte por tanto en el iter, que ha de seguir la Administración para la realización de su actividad jurídica o función administrativa, y que se concretará en una serie de actos combinados entre sí, con la finalidad de conseguir una decisión válida o acertada³⁷⁴, con la finalidad de velar por los derechos de los particulares, agregaríamos.

Para finalizar este capítulo, se analizará la postura de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, de El Salvador.

A diferencia del Tribunal Contencioso Administrativo español, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la CSJ de El

³⁷¹ STS Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección séptima, de 7 de octubre de 1999, citada por LORENZO DE MEMBIELA, J. B., "La buena administración como estrategia promotora...", cit, p. 456.

³⁷² *Ibíd.*

³⁷³ *Ibíd.*

³⁷⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., Sistema jurídico de las Administraciones Públicas, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 2009, pp. 25 y 26.

Salvador, no hace referencia a la buena administración en su jurisprudencia. No obstante, puede relacionarse con el derecho en estudio algunas sentencias que hacen alusión a los derechos incluidos en el art. 41.2 CDFUE, referido a "el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte". Así, resolvió en SSCA, Corte Suprema de Justicia, núm. 275- 2007, de fecha 22 de abril de 2008, en donde se autoriza a la parte demandante a consultar el expediente administrativo, objeto de controversia, en la Secretaría del Tribunal, en donde se anexa como parte del expediente judicial.

En sentencia posterior, el Tribunal Contencioso Administrativo, autoriza no solo a tener acceso al expediente, sino también accede a extender una certificación literal del mismo, a través del sistema de fotocopias, en SSCA núm. 12-2006, de fecha 1 de abril de 2009.

Además, se establece la obligación de formar el expediente administrativo y documentar, el procedimiento mediante el cual la Administración pública salvadoreña, forma su voluntad y emite declaración en un determinado asunto. Así, lo expresó en SSCA núm. 57- 2006, de fecha 8 de octubre de 2008, puntualizando que esto es garantía del derecho de defensa y de protección jurisdiccional y no jurisdiccional. Esta situación se relaciona con "la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones", ya que si no existe un expediente administrativo, la Administración no puede plasmar ahí la *ratio decidendi* de su voluntad. La Sala consolidó esta postura en posterior resolución donde estableció³⁷⁵: "Esta Sala ha manifestado que como garantía de certeza y posteriormente para posibilitar su control, la Administración Pública está obligada a documentar todo el procedimiento mediante el cual forma su voluntad y emite su declaración en un determinado asunto. Esta exigencia adquiere mayor relevancia cuando las actuaciones administrativas afecten derechos o intereses de los particulares, pues entonces se

³⁷⁵SSCA, Corte Suprema de Justicia, núm. 74- 2008, de 23 de noviembre de 2009. En el mismo sentido también SSCA núm. 45- 2007, de 15 de abril de 2008; y 112- 2008, de fecha 19 de marzo de 2009.

convierte en un postulado que deriva de los derechos de defensa y de protección jurisdiccional y no jurisdiccional".

CAPITULO V.

MECANISMOS NO JURISDICCIONALES DE CONTROL Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN: LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO

"hominum causa omne ius constitutum est"
(Todo el derecho ha sido constituido a causa del hombre) Justiniano, *Digesto* (1, 5, 2).

A. Una introducción a los mecanismos de protección no jurisdiccional de la buena administración

El análisis del derecho a la buena administración, impone la obligación de estudiar garantías no jurisdiccionales de suma importancia, como es el Ombudsman europeo. Sin la intención de ocuparnos detenidamente en la labor desempeñada por esta Institución, el presente capítulo abordará la situación actual del Defensor del Pueblo Europeo (en adelante, DPE), así como sus similares en la República de El Salvador y el Reino de España; en lo que atañe a su papel en la defensa del derecho a la buena administración.

Se ha descrito en páginas anteriores, como en los últimos años, la buena administración ha ido adquiriendo una creciente importancia como principio rector de la actuación de las Administraciones públicas, hasta llegarse a formular como derecho fundamental en la CDFUE. Además, que la buena administración como derecho, impone un determinado comportamiento a los agentes públicos en la forma de tratar los asuntos de su competencia, lo que nos sitúa en el tema de la ética aplicada a la función pública y a su personal. De ahí, que la necesidad de tener en cuenta la existencia de diversos mecanismos de control y sanción por el que la buena

administración se convierte en un deber de la Administración pública³⁷⁶.

Ahora, se trae a cuenta nuevamente el concepto de mala administración, que como ha quedado establecido, está íntimamente ligada al derecho en estudio. A esta acepción en negativo de la buena administración, se le reconoce dos vertientes³⁷⁷: una de ellas vinculada directamente a los casos de ilegalidad y protegida por el Tribunal de Justicia a través de la tutela judicial efectiva; y la otra de contenido más amplio, propio del campo del Derecho Administrativo, referida a irregularidades administrativas no ilegales, que es la que cubre el Defensor del Pueblo.

Por lo que los dos mecanismos importantes para tutelar la buena administración son por un lado el Euro- Ombudsman y por otro, la defensa que hace el TJUE.

En ese sentido, el DPE ha establecido que la ilegalidad implica necesariamente una mala administración, pero ésta no implica automáticamente un acto ilegal³⁷⁸. Justamente, un caso de mala administración no envuelve necesariamente la existencia de un comportamiento ilegal que pueda ser sancionado por un tribunal de justicia. Por tanto, debe establecerse en primer lugar que la labor de supervisión administrativa de los Ombudsmen (art. 54 CE y art. 9.1 LODP) es distinta a la actividad judicial de control (Art. 106.1 CE)³⁷⁹.

³⁷⁹ Seguiremos la segunda parte de la obra de PONCE SOLE, J., "El deber de buena administración...", op. cit., pp. 533- 780.

³⁷⁷ TOMÁS MALLÉN, B., "El derecho fundamental a una buena administración", ob. cit., p. 271.

³⁷⁸ *Ibíd.*

³⁷⁹ Véase PONCE SOLE, J., "El deber de buena administración...", op. cit., p. 677.

GALERA RODRIGO³⁸⁰ establece, que la tradición jurídica común, la jurisprudencia y el Derecho comunitario, fueron los tres factores que al interrelacionarse dieron lugar a un Derecho Administrativo Europeo integrado al Derecho Administrativo nacional. Al igual que sus predecesores nacionales, el DPE nace como una institución de garantía de los derechos de la ciudadanía europea con la pretensión de superar el déficit democrático que aqueja a la UE³⁸¹; por lo que la buena administración constituye una de las preocupaciones esenciales del Derecho Administrativo en relación al Derecho Europeo³⁸².

El Ombudsman o Defensoría del Pueblo (término más utilizado en castellano), es una institución pública creada normalmente por la Constitución y regulada por ley del Parlamento, dotada de autonomía y cuya finalidad principal es proteger los derechos humanos de los ciudadanos frente a la Administración pública del país respectivo³⁸³.

Por ser la institución del DPE una instancia supervisora de la Administración pública, adquiere vital importancia en la defensa de los derechos del ciudadano y la limitación del poder. Es precisamente aquí y ahora, donde la buena administración constituye un ejemplo. Su "efecto moralizador" en las actuaciones de otras administraciones distintas a la Europea y las frecuentes quejas ante el Defensor del Pueblo, seguramente provocan una mayor exigencia en las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones³⁸⁴.

³⁸⁰ GALERA RODRIGO, S., "El derecho a una buena administración", ob. cit, p. 1442.

³⁸¹ Es la opinión de LINDE PANIAGUA, E., et. al, Derecho de la Unión Europea I, Marcial Ponds, Madrid, 1995, p. 153.

³⁸² Véase SÁNCHEZ MORÓN, M., "Derecho Administrativo...", op. cit, p. 63.

³⁸³ Definición dada por la FIO, en el sitio: <http://www.portalfio.org/inicio/inicio/ique-es-la-fio>. (Consultada el 4 de enero de 2010).

³⁸⁴ GARCÍA ROCA, J., "El margen de apreciación nacional...", loc. cit., pp. 357 y 358, nota al pie núm. 325.

B. Las atribuciones del Defensor del Pueblo Europeo y la buena administración

El Defensor del Pueblo Europeo³⁸⁵ (DPE)³⁸⁶ es una institución consagrada por el Tratado de Maastricht, en el marco

³⁸⁵ En el desarrollo de la presente investigación, nos referiremos a esta Institución indistintamente como Defensor del Pueblo (DP), que es el nombre que ha adquirido en Europa y España y que se entiende en Latinoamérica. Pero también haremos alusión a la expresión Ombudsman u Ombudsmen, que es el término con el que se originó en los países nórdicos y que es de conocimiento universal.

³⁸⁶ A continuación, se hará una sucinta referencia a esta Institución protectora de los derechos y libertades fundamentales denominada universalmente Ombudsman. Apunta BEXELIUS, citado por CORCHETA MARTÍN, M. J., *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, primera edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 16: que la palabra Ombud se refiere a una persona que actúa como vocero o representante de otra. Por lo que Ombudsman sería un representante del ciudadano frente a la acción pública, que controlaría posibles abusos y extralimitaciones de poder en contra de los derechos e intereses del individuo. Señala PACHECO, M. "Los Derechos fundamentales de la persona humana" en AA.VV., *Estudios básicos de Derechos Humanos*, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1995, p. 74: que tuvo antecedentes históricos en Roma. Durante el mandato del emperador Trajano (años 98- 117 de nuestra era). Así, al Curator Civitatis se le encomendó la protección de los niños y de las clases más humildes contra los poderosos, aunque éstos estuvieran investidos de autoridad. El emperador Valentiniano I, (364- 375), se constituyó como el Defensor Plebis o Defensor Civitatis, con el fin de simplificar la Administración de justicia y acabar con los abusos de los poderosos. La Institución se constitucionaliza por primera vez en 1809 en Suecia. Ahí, el Ombudsman se instaura en el art. 6 cap. 12 de la Constitución de 1975 y la Ley de Instrucciones para los Ombudsmen núm. 10571, de 18 de diciembre de 1975. En el espacio europeo, como ha señalado CARMONA Y CHOSSAT, J. F., *El Defensor del Pueblo*, primera edición, INAP, Madrid, 2000, pp. 49- 102: existen tres tipos de Defensores del Pueblo. 1) El Ombudsman sueco o escandinavo: elegido por el Parlamento, que puede actuar de oficio o a petición de parte y que supervisa la actuación de la Administración pública y de Justicia, y en general protege todos los derechos fundamentales; 2) El Parliamentary Commissioner for Administration: Nombrado por la Corona, solo puede actuar a iniciativa de

de la ciudadanía de la Unión Europea. Investiga las reclamaciones relativas a los casos de mala administración³⁸⁷ en las actividades de las instituciones y órganos europeos, con excepción del TJCE y el TEDH³⁸⁸. Esta institución se configura como Comisionado del Parlamento Europeo³⁸⁹. Tiene la misión de vigilar y controlar con total independencia funcional las actuaciones de todas las demás instituciones y órganos cuando

un miembro del Parlamento y no se permite su interferencia con la justicia; y, 3) El Médiateur: nombrado por el Consejo de Ministros y encargado de velar por la situación del administrado frente a la Administración. En relación a la figura del DPE, se relaciona principalmente con el primer tipo, aunque no disponga en determinados casos, -como su similar nórdico- de legitimación procesal.

³⁸⁷ El crecimiento de las exigencias de eficiencia y eficacia de la acción administrativa ha acabado por introducir en el Derecho comunitario, a través del control judicial, el concepto de buena administración como contraposición de mala administración, que fue empleado en el art. 195 TCE, con motivo de las atribuciones del DPE designado por el Parlamento Europeo. Vid., PAREJO ALFONSO, L., et. al. "Manual de Derecho Administrativo Comunitario...", ob. cit., p. 84.

³⁸⁸ El DPE investiga reclamaciones contra la mala administración que pueden realizar las instituciones y órganos de la Unión Europea a excepción del TJUE y el Tribunal General en materia judicial. Un listado de las instituciones y órganos de la UE con las reformas del Tratado de Lisboa en: http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/index_es.htm. (Consultada el día 8 de enero de 2010). Puede verse también, Defensor del Pueblo Europeo, El cometido del Defensor del Pueblo Europeo, Informe Anual 2008, Comunidades Europeas, Estrasburgo, 2009, p. 15.

³⁸⁹ El titular institucional debe ser completamente independiente e imparcial. Como es sabido el primer Defensor del Pueblo Europeo fue el danés: Jacob Söderman, que ocupó el cargo de 1995 a 2003. A él lo sucedió el señor Nikiforos Diamandouros, que se mantiene actualmente en el cargo desde el 1 de abril de 2003. Más información sobre las funciones específicas y la forma de presentar una reclamación en la web oficial del DPE en el sitio: <http://www.ombudsman.europa.eu/atyourservice/ataglance.faccs#Target2>. (Consultada el día 8 de enero de 2010).

compruebe un caso de mala administración, siendo ello, el objeto principal de su quehacer³⁹¹.

Por esa razón, el DPE desde su primer informe anual en 1995, así como a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dejó claro que la acción administrativa debe ir más allá de los requerimientos del cumplimiento de la legalidad, y que deben ir relacionados a dos requerimientos básicos del proceso de toma de decisiones administrativas: la eficacia y la garantía de las decisiones en relación a los destinatarios o afectados³⁹².

De hecho, en la Carta de Niza no solo se reconoció a los ciudadanos de la UE el derecho fundamental a una buena administración, sino un mecanismo tutelar extra: el someter al DPE los casos de mala administración. Tal atribución está contenida en el art. 195 TCE, art. 43 CDFUE³⁹³ y a lo largo del EDPE³⁹⁴. Estos instrumentos incluyen no solo descubrir los casos de mala administración en la acción de las instituciones y órganos europeos, sino también formular recomendaciones para

³⁹⁰ Puede verse BERMEJO VERA, J., "Derecho Administrativo Básico", Parte General, novena edición, Editorial Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2009, p. 404.

³⁹¹ La mala administración, conocida tradicionalmente en el argot popular, como "burocracia" o que algunas Administraciones están llenas de "funcionarios incompetentes".

³⁹² De ahí, que en palabras de LINDE PANIAGUA, E., et. al., "Derecho de la Unión Europea I...", ob. cit, p. 153: se constituye como "institución-puente", entre la creciente burocratización de las instituciones comunitarias y los ciudadanos de la Unión.

³⁹³ La citada disposición establece: "Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales."

³⁹⁴ Vid., Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo, aprobado por el Parlamento Europeo, el 9 de marzo de 1994 (DO L 113 de 4 de mayo de 1994, p. 15) y modificado por su Decisión de 14 de marzo de 2002, que suprime los arts. 12 y 16 (DO L 92, de 9 de abril de 2002, p. 13).

remediarlos³⁹⁵. Según el art. 3.1 EDPE, la investigación puede ser realizada de oficio o por denuncia, y así, garantizar el derecho de los ciudadanos a una buena administración. Al final, el DPE debe remitir un informe anual con todos los resultados de su investigación al Parlamento Europeo³⁹⁶.

Con base a lo anterior, se puede delimitar que el DPE cumple una doble misión: la vigilancia del correcto desempeño de la función administrativa y, la función preventiva en los supuestos de mala administración. En ese sentido, se configura como garantía de los habitantes europeos frente a la actuación de la Administración. De hecho, fue precisamente el DPE quién propuso a la Convención ad hoc, encargada de la elaboración de la CDFUE, que se incorporase una disposición específica sobre el derecho a una buena administración³⁹⁷.

Tal como lo establecían los arts. 8 y 138 lit. d y e TUE, la facultad de acudir al DPE, es un derecho reconocido no solo a los ciudadanos de la UE. El objeto de su actividad se centra en las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o persona física o jurídica que tenga domicilio social en un Estado miembro

³⁹⁵ Debe verse, art. 2.1 EDPE.

³⁹⁶ El DPE es nombrado por el Parlamento Europeo por todo el período de la legislatura. Con base al apartado 1 del art. 195 TCE y el apartado 8 del art. 3 de la Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, el DPE debe remitir un informe anual al Parlamento. Esto como tendremos ocasión de comentar, constituye su verdadero potencial frente a la defensa de los derechos fundamentales. Así, los arts. 21 y 195 TCE reconocían como derecho de los ciudadanos someter al DPE, los casos de mala administración. El Decimocuarto informe anual del Defensor del Pueblo Europeo al Parlamento Europeo, ofrece un resumen de sus actividades en 2008. Vid., Defensor del Pueblo Europeo, El cometido del Defensor del Pueblo Europeo, cit., p. 15.

³⁹⁷ Vid., LÓPEZ ESCUDERO, M., et. al., "Artículo 41: derecho a una buena administración"; en MANGAS MARTÍN, A., y GONZÁLEZ ALONSO, L., (Coord.), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo, primera edición, fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 666.

y que se vean afectados con un caso de mala administración debida a las acciones de instituciones, organismos o agencias de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia en el ejercicio de funciones jurisdiccionales³⁹⁸.

La Oficina del DPE se ha inspirado fuertemente en el modelo danés de esta institución con un alto nivel de independencia y amplios poderes de investigación junto con unos limitados poderes para abordar los casos de mala administración³⁹⁹. Como en los sistemas nacionales, a nivel europeo, una vez descubierto un caso de mala administración, el DPE no puede anular la decisión administrativa, pero propone una solución amistosa que, de no ser aceptada, da lugar a una recomendación que puede originar finalmente un informe especial al Parlamento.

La Web oficial del DPE da también su propia interpretación de lo que constituye casos de mala administración. En primer lugar la define como aquella Administración deficiente o errónea. Asimismo, el DPE establece que hay mala administración cuando: una institución no actúa de acuerdo con la ley, no respeta los principios de buena administración, o viola los derechos humanos⁴⁰⁰. Además da algunos ejemplos: irregularidades administrativas, injusticia, discriminación, abuso de poder, falta de respuesta, denegación de acceso a la información y retraso innecesario. Las reclamaciones pueden formularse por escrito, por medio de una carta al Defensor del Pueblo, o utilizando un formulario estándar en versión electrónica del formulario de reclamación, que está disponible en la citada página Web del

³⁹⁸ SÁNCHEZ LÓPEZ, J., "El Defensor del Pueblo Europeo", en Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 3, enero-junio de 2005, p. 187.

³⁹⁹ *Ibíd.*, nota al pie 5, p. 188.

En:

<http://www.ombudsman.europa.eu/atyourservice/ataglance.faces#Target2>.
(Consultada el 20 de enero de 2010).

⁴⁰¹ Puede verse además una guía interactiva con instrucciones para el llenado del formulario de reclamación. Guía y formulario en el sitio:

El concepto de mala administración proviene del año 1992, fecha del Tratado de Maastricht (art. 138. E) y se reitera en 1997, fecha del tratado de Ámsterdam (art. 195. 1). La alusión a la mala administración que hacían estos tratados comunitarios, se concretó en la definición de la misma, hecha por el DPE. En ese sentido, con la aprobación del Parlamento Europeo, en el ejercicio de sus atribuciones, especialmente de supervisar el ejercicio de la buena administración, el DPE definió la mala administración por primera vez en su informe anual de 1997⁴⁰³. Al efecto, estableció que: "Se produce mala administración cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas o principios a que ha de atenerse obligatoriamente".

Es a partir de ese enunciado negativo que en definitiva, se concretó lo que es la buena administración. Actualmente esta definición se relaciona en términos vinculados al respeto de los derechos fundamentales, el Estado de Derecho y los principios de buena administración⁴⁰⁴. El DPE ha considerado sistemáticamente que la mala administración es un concepto amplio y que la buena administración requiere inter alia el cumplimiento de normas y principios jurídicos, incluidos los derechos fundamentales⁴⁰⁵. Los principios de la buena administración establecen que las instituciones y órganos comunitarios no solo deben respetar sus obligaciones jurídicas,

<http://www.ombudsman.europa.eu/atyourservice/complaintform/home.faces>
s. (Consultada el 20 de enero de 2010).

⁴⁰² Para explicar de manera sucinta, la evolución de la noción de mala administración hasta llegar a la buena administración como derecho fundamental, seguiremos el esquema propuesto por BAENA DEL ALCÁZAR, M., "Sobre la idea europea de buena administración", en AA.W., Instituciones y procesos políticos. Homenaje a José Carzola, primera edición, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2005, pp. 693 y 694.

⁴⁰³ Defensor del Pueblo Europeo, Informe anual de 1997, de 26 de junio de 1998, cap. II, p. 25.

⁴⁰⁴ Defensor del Pueblo Europeo, "Informe Anual 2008", cit, p. 15.

⁴⁰⁵ *Ibíd.* p.32

sino también tener voluntad de servicio y asegurarse de que el público reciba un trato correcto y disfrute plenamente de sus derechos⁴⁰⁶.

Así, el DPE está facultado para ser un "mediador entre el ciudadano y la Administración europea"⁴⁰⁷; por lo que puede llevar a cabo indagaciones ante una reclamación.

Las peticiones ante el DPE pueden ser investigadas de oficio, recibidas directamente o por medio de un miembro del Parlamento Europeo. Si el DPE constata un caso de mala administración, lo pone en conocimiento de la institución, organismo o agencia interesada, que dispone de tres meses para expresarle su opinión. Finalmente, el DPE remite un informe al Parlamento de la UE, a la institución o agencia y a la persona de la que emanó la reclamación. Tal informe es compatible, en todo caso, con la obligación que tiene el Ombudsman de la UE de presentar anualmente un informe, sobre el resultado de sus investigaciones.

Las instituciones y órganos comunitarios están obligados a facilitar las informaciones, documentación y declaraciones que les requiera el DPE (arts. 3.1 y 2 EDPE). De igual forma las autoridades de los Estados miembros deberán facilitar información para esclarecer los casos de mala administración de las instituciones y organismos comunitarios (art.3.3 EDPE). En el supuesto de no recibir la asistencia solicitada, el Euro-Ombudsman informará al PE para que adopte las medidas pertinentes.

El DPE debe procurar una solución amistosa con la instancia u órgano afectado para eliminar el caso de mala administración y satisfacer al demandante (art. 3.5 EDPE) y,

⁴⁰⁶ *Ibíd.*

⁴⁰⁷ MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., "Instituciones y Derecho de la Unión Europea...", *ob. cit.*, p. 609.

constatado un caso de mala administración, puede formular proyectos de recomendaciones que deben ser contestadas por la institución u órgano afectado en un plazo de tres meses. A continuación, el Defensor remite un informe tanto al Parlamento como a la institución u órgano formulando recomendaciones. Todo ello, sin perjuicio del informe anual sobre los resultados de sus investigaciones, que al final de cada período anual de sesiones envía al Parlamento Europeo.

La institución goza de prestigio no solo por el éxito de sus soluciones amistosas, sino por su contribución a la aparición del CEBCA, y su posterior traslado a los ordenamientos nacionales. (En el caso español en los nuevos Estatutos Autonómicos). Esto ha contribuido a aumentar su capacidad de persuadir a las diferentes instancias administrativas contribuyendo a que se respeten los derechos de los ciudadanos⁴⁰⁸.

El CEBCA⁴⁰⁹, se aplica a todos los funcionarios y otros agentes para los que rigen el Estatuto y el régimen aplicable a otros agentes de la Unión Europea, personas contratadas bajo la modalidad de contratación de Derecho privado, expertos de Administraciones nacionales en comisión de servicios y becarios. Todos en el ámbito de sus relaciones con el público. Se excluye de aplicarse entre la relación de los funcionarios y la Institución, a la que se le aplica el Estatuto respectivo.

Las reclamaciones por casos de mala administración planteadas ante el DPE por la población europea, han sido numerosas. En 2008, el DPE registró 3,406 reclamaciones, en

⁴⁰⁸ SÁNCHEZ LÓPEZ, J., "Defensa de los derechos (Defensor del Pueblo)", en AA.W., BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, p. 77.

⁴⁰⁹ Seguimos en estas líneas, la estructura del CEBCA, propuesta por ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M., "El Defensor del Pueblo Europeo y el Código Europeo...", cit., pp. 275 y 276.

comparación a las 3,211 de 2007⁴¹⁰. Pero las reclamaciones "tramitadas" en el año en cuestión, fueron 3,346⁴¹¹. Asimismo, el DPE no solo realiza investigación de reclamaciones sino que también, a través de su correo electrónico, recibe solicitudes de información, las que en 2008 fueron 4,300. Por lo que en total durante el año en cuestión, el DPE tramitó entre reclamaciones y solicitudes de información de ciudadanos más de 7,700 peticiones⁴¹².

En 2008, el DPE concluyó 355 investigaciones (frente a las 348 de 2007)⁴¹³. En relación a los tipos de mala administración denunciados, el informe sub júdice, describe los siguientes: Falta de transparencia, incluida la denegación de información (107 casos equivalentes al 36 %); Agravio comparativo o abuso de poder (59 casos que equivalen al 20 %); Errores de procedimiento (27 casos que equivalen al 9 %); negligencia (25 casos equivalentes al 8%); demora injustificada (24 casos equivalentes a 8%); errores jurídicos (21 casos equivalentes al 7%); discriminación (14 casos equivalentes al 5%); omisión de la garantía de cumplimiento de sus obligaciones por parte de la Comisión, es decir, deficiencias en su función de guardiana de los tratados frente a los Estados miembros (14 casos equivalentes al 5%); otros (39 casos equivalentes del 13 %) ⁴¹⁴.

Como se ve con la información cotejada, la labor del DPE ha sido muy eficaz.

⁴¹⁰ Casi el 60 % de las reclamaciones las recibió por vía electrónica, bien por correo electrónico o mediante el formulario que al efecto se encuentra disponible en la página web del DPE. Puede verse además, Defensor del Pueblo Europeo, "Informe anual 2008", cit, p. 16.

⁴¹¹ Son "reclamaciones tramitadas" solo aquellas en las que se ha llevado a cabo un análisis estableciendo que: a) entra en el ámbito de las competencias del DPE; b) satisface los criterios de admisibilidad; y, c) presenta motivos para iniciar una investigación. *Ibíd.*, nota al pie núm. 2.

⁴¹² *Ibíd.*, p. 16.

⁴¹³ *Ibíd.*, p. 17.

⁴¹⁴ *Ibíd.*, p. 48.

A propósito de las anteriores estadísticas, es que la misma Institución establece que el prestigio de los Ombudsmen, radica principalmente en su capacidad de actuación frente al ciudadano, el cual requiere ser escuchado y obtener una respuesta pública y adecuada⁴¹⁵. En ese sentido, manifiesta STEENBJERG KOLZE⁴¹⁶, que el verdadero poder sancionador de los defensores de cualquier tipo, es la publicidad de sus informes, especialmente la investigación y publicación de los casos de mala administración. Estos informes, cumplen una función de análisis general de las actividades del sistema administrativo en sus respectivas jurisdicciones, con base a sus respectivos mandatos institucionales⁴¹⁷.

En la UE los Defensores del Pueblo cooperan estrechamente entre sí, para garantizar que las reclamaciones de los ciudadanos en relación al Derecho comunitario se tramiten de forma rápida y eficaz⁴¹⁸. Una de las formas que lo hacen, es a través de la coordinación de esfuerzos de la Red Europea de Defensores del Pueblo⁴¹⁹, que está compuesta por 91 oficinas de 31 países, que cubren los niveles nacional y regional de la UE. Una de los objetivos de la Red, es facilitar una transmisión rápida

⁴¹⁵ *Ibíd.*, pp. 98 y 99.

⁴¹⁶ Citado por CARMONA Y CHOUSAT, J. F., "El Defensor del Pueblo...", *op. cit.*, p. 219.

⁴¹⁷ PONCE SOLÉ, J., "Deber de buena administración...", *op. cit.*, pp. 675-678.

⁴¹⁸ En los países europeos que carecen de Ombudsman, (Alemania, Grecia y Luxemburgo) las quejas o agravios que sufren los habitantes en su trato con la Administración, se tutelan a través del derecho constitucional de petición. En el caso de Alemania, el art. 17 de la Ley Fundamental de Bonn recoge este derecho; asimismo, el art. 10 de la Constitución de Grecia; y, en el caso de Luxemburgo, tal derecho se encuentra dentro de las funciones atribuidas a la Comisión de Peticiones de la Cámara de Diputados. Visto con más detalle en CORCHETA MARTÍN, M. J., "El Defensor del Pueblo...", *op. cit.*, pp. 94- 96.

⁴¹⁹ Defensor del Pueblo Europeo, "Informe anual 2008", *cit.*, p. 21.

de las reclamaciones al Defensor del Pueblo o cualquier órgano análogo competente⁴²⁰.

Otras instituciones Ombudsmen, han constituido agrupaciones con objetivos comunes, similares a la realizada por la Red europea. Nos referimos a la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), cuya finalidad es procurar el respeto, defensa y promoción de los derechos humanos, así como promover estudios e investigaciones. De esta forma apoyan el fortalecimiento del Estado de Derecho, el régimen democrático y la convivencia pacífica de los pueblos⁴²¹.

El DPE a lo largo de los últimos años ha establecido parámetros de lo que debe entenderse como "buena conducta administrativa", por su notable trabajo a favor de una mayor transparencia y democracia en la aplicación del Derecho comunitario y el funcionamiento de las instituciones y órganos de

⁴²⁰ Información en relación a las actividades del DPE y de la Red están disponibles en el Boletín de información de los Defensores del Pueblo de la UE (el cual aparece en abril y octubre de cada año) y el periódico virtual Ombudsman Daily News. *Ibíd.*, p. 85.

⁴²¹ La FIO fue constituida en Cartagena de Indias, (Colombia) en 1995. Reúne a Defensores del Pueblo, Procuradores, Proveedores, Raonadores (Razonador), Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de derechos humanos de los países Iberoamericanos en los ámbitos nacional, estatal, regional, autonómico o provincial. Los países que actualmente integran la FIO son: Andorra, Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico y Venezuela. Más información sobre la FIO en el sitio: <http://www.portalfio.org/^inicio/inicio/ique-es-la-fio>. (Consultada el 4 de enero de 2010). Asimismo, para un estudio detallado sobre las Defensorías del Pueblo en España y América Latina, puede verse GIL ROBLES, A., "El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina", en A.A.W., CANDADO TRINDADE, A. A. y GONZÁLEZ VOLIO, L., (Comp.), Estudios básicos de Derechos Humanos, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1995, pp. 441-483.

la UE⁴²². Como hemos matizado en líneas anteriores, esto se materializó con la propuesta de un Código de Buena Conducta Administrativa, el cual sintetiza la filosofía del DPE de lo que se debe entender por buena administración. Además, insta a las instituciones y órganos comunitarios a reconsiderar sus prácticas administrativas tradicionales⁴²³.

Con todo lo apuntado, podemos concluir que la función de los Defensores del Pueblo no sólo se limita a corregir los casos de mala administración, sino de forma específica, impulsar reformas en la Administración pública. Por lo que no queda duda de la estrecha relación entre el derecho a la buena administración y la figura del Ombudsman.

Antes de concluir este apartado y como complemento a lo anterior, vamos a detenernos un momento en el Derecho inglés, para comentar un poco los llamados principios de buena administración dictados por el Parliamentary Ombudsman⁴²⁴. Estos se configuran como amplias declaraciones de lo que los organismos deberían estar haciendo para ofrecer una buena administración y buen servicio al cliente y determinar si se ha producido mala administración⁴²⁵. Los Principios pretenden proporcionar un marco para todos los organismos públicos dentro de su jurisdicción - a pesar de sus diferencias - a seguir en el cumplimiento de sus funciones. Son seis: Getting it right, Being customer focused, Being open and accountable, Acting fairly and proportionately, Putting things right, Seeking continuous improvement.

⁴²² FERRER JEFFREY, B., "Presente y futuro del Defensor del Pueblo Europeo, Guardián de la buena administración", en Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 3, segundo semestre de 2002, p. 344.

⁴²³ *Ibíd.*, pp. 345 y 346.

⁴²⁴ Información sobre la Institución en el sitio: <http://www.ombudsman.org.uk>. (Consultado el 19 de enero de 2010).

⁴²⁵ Defensor Parlamentario del Pueblo del Reino Unido. Disponible en el sitio: http://www.ombudsman.org.uk/improving_services/principles/good_administration/index.html. (Consultado el 19 de enero de 2010).

Los principios de buena administración se publicaron por primera vez el 27 de marzo de 2007, a raíz de una consulta que el Ombudsman inglés realizó a varias instituciones del RU a finales de 2006. Los principios de buena administración fueron reimprimados con enmiendas menores, el 10 de febrero de 2009.

Para complementar lo anterior, resulta ilustrativo el caso del requerimiento de la Defensora Parlamentaria del Pueblo del RU: Ann Abraham, a la Rural Payments Agency⁴²⁶. Esto fue exigirle a la RPA pedir disculpas y pagar una indemnización por la mala administración del Sistema Único de Pagos, en un informe presentado al Parlamento titulado: "Cold Comfort: la administración del régimen de pago único 2005 por la Agencia de Pagos Rurales"⁴²⁷.

El informe expone los resultados de la investigación del Defensor del Pueblo inglés, sobre dos quejas representativas de otras veintidós denuncias hechas sobre el referido régimen de pagos, en el que se establecen las deficiencias en el mismo que degeneró en un costo personal y financiero directo a los agricultores cuyas quejas se investigaron⁴²⁸. El hecho generador

⁴²⁶ La Agencia de Pagos Rurales, (RPA, por sus siglas en inglés), es una agencia ejecutiva del Departamento de Medio Ambiente, Alimentación y Asuntos Rurales del RU, (DEFRA). Ofrece servicios tales como los pagos e inspecciones de las zonas rurales y la ganadería de rastrojo. También hace cumplir las regulaciones de la Unión Europea sobre el tamaño y la forma de verduras y frutas vendidas en las tiendas, advirtiendo y aconsejando a las empresas al respecto. Más información sobre la Institución en el sitio: <http://www.rpa.gov.uk/rpa/index.nsf/home>. (Consultado el 19 de enero de 2010).

⁴²⁷ El informe puede verse en idioma inglés en el sitio: <http://www.ombudsman.org.uk/pdfs/Cold-comfort-full-report-final-20091215.pdf> (Consultado el 19 de enero de 2010).

⁴²⁸ En un comunicado de prensa de fecha 16 de diciembre de 2009, Abraham, exigió a la RPA a pedir disculpas y pagar una indemnización por la mala administración del Sistema Único de Pagos, en un informe presentado al Parlamento. Disponible en el sitio:

fue la falta de mantenimiento del calendario para el manejo de la cartografía digital de la tierra o de los pagos a los agricultores lo que se configura como mala administración de un organismo público. Se mencionó además, el estrés que esto causó a los agricultores⁴²⁹.

C. El papel de los *Ombudsmen* españoles, en el desarrollo y protección del derecho a la buena administración

Hasta acá, se ha detallado que la misión fundamental del *Ombudsman* europeo, es el control de la actuación administrativa comunitaria, ya que debe intervenir en los casos de mala administración por ser insuficiente la protección jurisdiccional del ciudadano⁴³⁰. En el caso de los *Ombudsmen* nacionales⁴³¹ se agrega otro matiz. Estos no pueden convertirse en simples defensores de causas individuales de las personas que recurran a ellos. Deben en todo caso velar por el interés de la colectividad, y por tanto garantizar el principio de legalidad, ya que el interés general debe ser compatible con el interés particular, frente a la Administración⁴³².

http://www.ombudsman.org.uk/news/press_releases/pr2009-14.html

(Consultado el 19 de enero de 2010).

⁴²⁹ En 2005, el régimen de pago único basado en la producción de la tierra sustituyó el sistema anterior de subsidios agrícolas en la Unión Europea. (Es el subsidio que reciben los agricultores del RU por su producción).

⁴³⁰ CARMONA Y CHOUSAT, J. F., "El Defensor del Pueblo...", op. cit., pp. 199 y 200.

⁴³¹ En el ámbito español, comentar sucintamente, la figura del Defensor del usuario de la Administración electrónica, creado en la Ley de Administración Electrónica, (art. 7), quien en la Administración General del Estado, se encarga de velar por la garantía de los derechos reconocidos a los ciudadanos que 'hagan uso de los procedimientos administrativos telemáticos o electrónicos El Defensor del Usuario es nombrado por el Consejo de Ministros español y tiene obligación de presentar un informe anual al Congreso de los Diputados, con las quejas y sugerencias, así como las propuestas de actuaciones y medidas a adoptar. Puede verse BERMEJO VERA, J., "Derecho Administrativo Básico...", ob. cit., p. 405.

⁴³² *Ibid.* p. 101.

En España, la Constitución de 1978, establece por primera vez la institución del Defensor del Pueblo, en su art. 54, dentro del título I "derechos y deberes fundamentales", capítulo IV, "De las garantías de las libertades y derechos fundamentales". Es decir, lo instaure como una garantía institucional⁴³³, y le confiere la potestad de fiscalizar a "toda la Administración". El Defensor del Pueblo español, se define como un Alto Comisionado designado por las Cortes Generales⁴³⁴ para la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos y supervisa la actuación de la Administración pública⁴³⁵.

El art. 162 CE, establece que es potestad del Defensor del Pueblo plantear recursos de inconstitucionalidad o amparo en defensa de los ciudadanos y sus derechos y libertades fundamentales. La instauración de la figura del Defensor del Pueblo en la constitución, significa que cuenta con un respaldo directo de la misma, porque conlleva que el legislador no puede suprimir dicho órgano sin pasar por una reforma del texto

⁴³³ En ese sentido, a las Defensorías del Pueblo se les ubica dentro de las garantías institucionales en el texto constitucional. Algunas clasificaciones orgánicas distinguen entre órganos estatales directos y órganos estatales indirectos. Los directos son aquellos que figuran en las constituciones, pero sus funciones son definidas de forma genérica; además los indirectos son creados por ley y es ahí donde aparecen sus funciones: caso del Defensor del Pueblo español. Vid., CORCHETA MARTÍN, M. J., "El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos...", op. cit, p. 50. Como se verá más adelante el caso de la PDDH salvadoreña se produce el caso contrario, pues sus funciones están delimitadas de forma específica en la norma constitucional.

⁴³⁴ En España, las Cortes Generales están compuestas por el Congreso de los Diputados y el Senado. Es el órgano del Estado español que ejerce la potestad legislativa. Véase art. 66 CE.

⁴³⁵ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., (Coord.), et. al., en la voz "Defensor del Pueblo", Diccionario jurídico, cuarta edición, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2006.

constitucional y que al regularlo se debe respetar ciertas características organizativas y funcionales⁴³⁶.

Con base al art. 54 CE, éste tiene competencia para supervisar la actividad de la Administración. Dispone el precepto constitucional citado: "Una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales".

La Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril⁴³⁷, regula la institución del Defensor del Pueblo como desarrollo del art. 54 CE. Al ser la institución del Defensor del Pueblo una instancia supervisora de la Administración pública, adquiere vital importancia para la defensa de los derechos del ciudadano y como limitación al poder. Su misión institucional con base en el art. 54 CE, es "supervisar la actividad de la Administración", a efectos de la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Norma Fundamental española⁴³⁸.

A pesar de establecerse que su tarea esencial es controlar la actuación de la Administración pública, se dice también que tiene la posibilidad de fiscalizar tanto al poder legislativo como al judicial⁴³⁹. En el primer caso, está facultado para presentar recurso de inconstitucionalidad y amparo por violación de los

⁴³⁶ CORCHETA MARTÍN, M. J., "El Defensor del Pueblo...", op. cit., p. 50.

⁴³⁷ Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril del Defensor del Pueblo, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1981 y núm. 57, de 6 de marzo de 1992); y, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, (BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009).

⁴³⁸ Esto nos sitúa en el Poder ejecutivo, comprendido en el Título IV, bajo la rúbrica del Gobierno y de la Administración: arts. 97 a 107; y, en la Jefatura del Estado, en el Título II, arts. 56 a 65; todos de la CE.

⁴³⁹ Vid., ROVIRA A., "Los Defensores del Pueblo y la Convención de Prum", cit., p. 213.

derechos fundamentales contra las leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley del Estado, las Comunidades Autónomas o instrumentos internacionales. Por otro lado, controla el correcto funcionamiento del poder judicial a través del Fiscal General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial, dirigiéndose a éstos para que se adopten las medidas necesarias para mejorar su actividad. De todo ello debe dar cuenta anualmente, a las Cortes Generales⁴⁴⁰.

En el ejercicio de sus atribuciones el Defensor del Pueblo debe denunciar cualquier actuación de los poderes públicos contrarias a los derechos humanos y libertades fundamentales, así como controlar las anomalías y actuaciones irregulares. Cuenta para ello con atribuciones específicas, como recurrir al Tribunal Constitucional y formular recomendaciones a las Administraciones Públicas, denunciar comportamientos irregulares de éstas ante el superior jerárquico o las Cortes Generales, intentando a su vez colaborar para lograr el mejor funcionamiento del Estado de Derecho⁴⁴¹.

Por ello, podríamos establecer que el Defensor del Pueblo, realiza un control legislativo y judicial en cuanto está legitimado para interponer recursos ante el Tribunal Constitucional. Así, establece el art. 162 CE: " 1. Están legitimados: a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. 2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados".

⁴⁴⁰ *Ibíd.*

⁴⁴¹ *Ibíd.*, pp.212 y 213.

No obstante, existe un límite de su actividad en el ámbito jurisdiccional para respetar el principio de independencia judicial. Así lo establece el art. 13 LODP. En relación a su nombramiento, la ley no exige mayores requisitos, siendo necesario nada más ser mayor de dieciocho años y encontrarse en el pleno disfrute de sus derechos, (art. 3 LODP).

Su ley amplía las atribuciones, agregando que también le corresponde verificar a la Administración pública, así lo establece en el art. 9 LODP: "El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, y el respeto debido a los derechos proclamados en su Título primero dos. Las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las administraciones públicas".

Esto nos lleva a plantear si hay una extensión de las atribuciones constitucionales por ley. Pero existe presunción de legalidad de las normas mientras no sean declaradas inconstitucionales. El mismo Defensor del Pueblo ha establecido que su misión principal es "la protección y defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos"⁴⁴². Se ha dicho también, que esta institución tiene características comunes en las diferentes latitudes, así como flexibilidad, lo que le ha permitido tener una gran capacidad de adaptación, incorporándose a los más variados sistemas jurídicos que le ha facilitado su actuación⁴⁴³.

⁴⁴² Puede consultarse la web del Defensor del Pueblo español, en el sitio: <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=todosobredefensor0.as> p. (Consultada el 13 de abril de 2010).

⁴⁴³ En virtud de lo anterior, es necesario que los Ombudsmen tengan determinados requisitos o características mínimas, necesarias e imprescindibles, para su correcto funcionamiento. Siguiendo a ROVIRA, A., "Los Defensores del Pueblo y la Convención de Prum", cit, pp. 215 y

Con base a su Ley Orgánica, el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo se amplía a la Administración pública, ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de la Administración pública, (art. 9 LODP). En el caso español, tiene competencia para controlar la Administración General del Estado, la institucional, la corporativa y la local⁴⁴⁴. Su actividad se caracteriza a grandes rasgos y siguiendo formulaciones que se han hecho a nivel mundial, como de control no jurisdiccional, y por tanto no vinculante. Su actuación además, no es formalista, sino más bien gratuita y ágil⁴⁴⁵.

Como se ha apuntado, en la legislación española no se reconoce la buena administración como derecho fundamental, pero sí reconoce la potestad del Defensor del Pueblo de investigar la mala administración. Por lo que en una investigación puede tutelar la buena administración. Asimismo, similar disposición

216, estas son: "1. Debe ser elegido por el poder legislativo, por una mayoría cualificada de votos que garanticen su independencia frente a los grupos políticos y fomente el consenso. 2. Debe regularse en la Constitución del Estado democrático, para disponer así de la legitimidad necesaria para poder controlar a todas las administraciones. 3. Sus funciones deben incluir la defensa de los derechos fundamentales y las estructuras democráticas, además del control de las administraciones públicas. 4. Debe disponer de amplias posibilidades de investigación. 5. Debe disponer de un presupuesto autónomo, consolidado y suficiente. 6. Debe atribuírsele una serie de prerrogativas de inmunidad, inviolabilidad y fuero propio, que le protejan frente presiones e intromisiones de terceros. 7. Debe responder de su trabajo periódicamente y de una forma ágil y sencilla ante el Parlamento y, en su caso, ante la jurisdicción. 8. Debe ser un órgano unipersonal, para facilitar su conocimiento y comunicación con la ciudadanía. 9. Debe reunir las características de independencia, accesibilidad, flexibilidad y credibilidad".

⁴⁴⁴ VERA SANTOS, J. M., *El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 50.

⁴⁴⁵ MORA, A., "El Libro del Defensor del Pueblo...", op. cit., p. 71.

establece el art. 9.1 LODPE⁴⁴⁶, en relación al art. 103.1 CE, cuando dispone que el procedimiento ante el Defensor español, tiene por objetivo realizar investigación a petición de parte u oficio, tendientes a esclarecer actos o resoluciones de la Administración pública en relación con los ciudadanos y sus derechos fundamentales.

Y es que la cercanía del Defensor del Pueblo con el ciudadano, y la facilidad con que éste puede presentar una queja con ausencia de formalismos, ayuda a prevenir o subsanar de manera expedita casos de malas decisiones administrativas. Las quejas admitidas no revisten formalidad y durante su tramitación todas las autoridades y funcionarios están obligados a colaborar con el Defensor del Pueblo⁴⁴⁷. La finalidad de esta institución constitucional es desempeñar funciones mediadoras en los conflictos que puedan enfrentar la Administración y los ciudadanos, a fin de resolverlas de manera extrajudicial, pero también reorientar la actuación administrativa irregular⁴⁴⁸.

En ningún momento puede sustituir las funciones de control de la legalidad de la actuación administrativa que tiene encomendadas los Tribunales de lo Contencioso Administrativo⁴⁴⁹. Por lo que en definitiva tiene encomendada una doble misión: a) La defensa de los derechos contenidos en el

⁴⁴⁶ Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, y modificaciones conforme a LO 2/1992, de 5 de marzo, BOE núm. 109, de 7 de mayo: "El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución, y el respeto debido a los derechos proclamados en su Título primero dos. Las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las administraciones públicas".

⁴⁴⁷ Debe verse ESCUIN PALOP, C, *Curso de Derecho Administrativo*, tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 422.

⁴⁴⁸ BERMEJO VERA, J., "Derecho Administrativo Básico", ob. cit, p. 401.

Título I CE, y a cuyo efecto se le reconoce la facultad de actuar ante el Tribunal Constitucional⁴⁵⁰; y, b) la supervisión de la actividad de la Administración pública en el ámbito definido por su ley reguladora. En definitiva, la fuerza moral que tiene el Defensor del Pueblo español ante la Administración pública, radica en la posibilidad que la conducta negligente o irregular de ésta, se haga pública, incluyéndola en el informe anual que el Defensor del Pueblo presenta ante la Comisión Mixta de las Cortes Generales⁴⁵¹.

En el ámbito español, el Defensor del Pueblo se convierte en garantizador del respeto tanto del Derecho europeo como del ordenamiento interno, en lo que afecta a los derechos de los ciudadanos. Esto, debido a que la "interiorización del Derecho Comunitario" se convierte en un aumento de las garantías y defensas de tales derechos⁴⁵². Asimismo, el Defensor del Pueblo no es una opción excluyente de los sistemas tradicionales de control de la Administración, sino una garantía complementaria junto a los controles políticos y judiciales tradicionales⁴⁵³.

En España, se cuenta con la figura de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos. Estos desempeñan funciones idénticas a las del DPE dentro del ámbito territorial y funcional de las respectivas Comunidades Autónomas. Estos son creados por los respectivos Estatutos Autonómicos con diferentes denominaciones⁴⁵⁵ pero a diferencia del Defensor del Pueblo

⁴⁵⁰ El art. 162.1 CE, legitima al DP español a interponer de inconstitucionalidad o amparo.

⁴⁵¹ ESCUIN PALOP, C, "Curso de Derecho Administrativo", ob. cit., p. 423.

⁴⁵² Vid., COLOMER VIADEL, A., "El Defensor del Pueblo: un órgano político- administrativo 'de protección de los derechos'", en Revista de Derecho Político, núms. 71-72, UNED, enero- agosto de 2008, p. 71.

⁴⁵³ *Ibíd.*, p. 72.

⁴⁵⁴ BERMEJO VERA, J., "Derecho Administrativo Básico...", op. cit., p. 403.

español, no están legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad o amparo⁴⁵⁶.

s reformas sustanciales a los Estatutos Autonómicos, buscan delimitar con mayor claridad el alcance y eficacia de la función de los Ombudsmen, como instancia de tutela de los derechos recién incorporados a las normas fundamentales de las Comunidades Autónomas⁴⁵⁷. En relación con lo que se está exponiendo resulta ilustrativa la Ley de Relación del Defensor del Pueblo con los Comisionados Regionales⁴⁵⁸, la cual en definitiva trata de garantizar la independencia y efectividad, del Defensor del Pueblo español con sus similares de las Comunidades Autónomas, a partir de los principios básicos de coordinación y cooperación⁴⁵⁹. Así, el art. 1 de esta Ley señala: "El Defensor y los Comisionados Autonómicos podrán de oficio o a instancia de parte supervisar la Administración Pública propia de la Comunidad Autónoma, para la protección de los derechos fundamentales y libertades de la Constitución, en régimen de

⁴⁵⁵ Así tenemos, en el caso de Andalucía: Defensor del pueblo andaluz (Ley de 1 de diciembre de 1983); Cataluña: Síndic de Greuges (Ley de 20 de marzo de 1984); Galicia: Valedor do Pobo (Ley de 5 de junio de 1984); País Vasco: Ararteko (Ley de 27 de febrero de 1985); Aragón: Justicia de Aragón (Ley de 27 de junio de 1985); Valencia: Síndic de Greuges, (Ley de 26 de diciembre de 1988); Islas Baleares: Síndic de Greuges, (Ley de 10 de marzo de 1993); Castilla y León: Procurador del Común, (Ley de de 9 de marzo de 1994); Navarra: Defensor del Pueblo de la Comunidad foral, (Ley de 3 de julio de 2000); Canarias: Diputado del Común, (Ley de 31 de julio de 2001); Castilla- La Mancha: Defensor del Pueblo de Castilla- La Mancha (Ley de 20 de diciembre de 2001); y, La Rioja: Defensor del Pueblo Riojano (Ley de 2 de mayo de 2006).

⁴⁵⁶ BERMEJO VERA, J., "Derecho Administrativo Básico...", op. cit., p. 404.

⁴⁵⁷ Un estudio destallado puede verse en RUIZ- RICO RUIZ, G., "Los Defensores del Pueblo Autonómicos tras la reforma de los Estatutos de Autonomía", en Revista d'estudis autonòmics i federáis, núm. 6, abril de 2008, pp. 365-395.

⁴⁵⁸ Ley 36/1985, de 6 de noviembre.

⁴⁵⁹ COLOMER VIADEL, A., "El Defensor del Pueblo: un órgano político-administrativo...", cit., p. 70.

cooperación y sin mengua de las facultades que reconocen al Defensor del Pueblo la Constitución y la LODP...". En el apartado segundo de este mismo artículo, se establece que: "se concertarán entre ellos acuerdos sobre los ámbitos de actuación".

Los Defensores autonómicos han seguido el modelo creado por la CE y la Ley Orgánica de 1981, tanto en su estructura organizativa como en el desempeño institucional. De vital importancia también la Ley 36/1985, por la que se regulan las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las distintas Comunidades Autónomas. Su principal característica ha sido el constituirse como instituciones de relevancia estatutaria elegidos por los parlamentos autonómicos pero actuando con independencia de éstos; independencia respecto del Parlamento; actuación de oficio o a instancia de parte; tramitación de quejas y reclamaciones; y, remisión al Parlamento de un informe anual⁴⁶⁰.

Los mencionados Comisionados Autonómicos, se han destacado no solo por la supervisión de la actuación de la Administración pública en sus respectivas jurisdicciones, sino también por trabajar de manera coordinada con el Defensor del pueblo español, en la defensa de los derechos reconocidos en la CE y los reconocidos en los respectivos Estatutos de Autonomía⁴⁶¹. Ha llegado a ampliar su ámbito de actuación a los entes locales, y en general, a las entidades públicas o privadas, cuando prestan servicios públicos⁴⁶².

D. La función de fiscalización de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, como fortalecimiento al cumplimiento de la obligación del Estado salvadoreño a la buena administración

Como se ha venido estableciendo, es de aceptación universal que la misión principal de los Ombudsmen se centra en

⁴⁶⁰ SÁNCHEZ LÓPEZ, J., "Defensa de los derechos (Defensor del Pueblo)", ob. cit., p. 77.

⁴⁶¹ *Ibíd.*, p. 75.

⁴⁶² *Ibíd.*, p. 77.

la supervisión de la Administración pública, es decir, su objetivo principal es controlar la legalidad de la actuación de los poderes públicos, con mención expresa a las Administraciones⁴⁶³. Además, que la creación del DPE parte de la idea que a la población no le resultaba suficiente la clásica protección jurisdiccional.

Ahora bien, en el caso de los países Latinoamericanos el rol de los Ombudsmen adquiere otro matiz, ya que sus funciones se extienden mucho más⁴⁶⁴. Y es que los Defensores del Pueblo, en esas latitudes poseen alta credibilidad frente a la población, ya que en muchas ocasiones su papel ha sido fundamental para el sostenimiento de la democracia⁴⁶⁵. Vemos p. ej., en el ámbito salvadoreño, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH)⁴⁶⁶. Esta Institución, tiene uno de los mandatos

⁴⁶³ CORCHETA MARTÍN, M. J., "El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos...", ob. cit., p. 58.

⁴⁶⁴ Un estudio detallado sobre las Defensorías del Pueblo de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela; que incluye: legislación, organización, competencia, procedimiento e informes en ESCOBAR ROCA, G., (Dir.), et. al., Defensorías del Pueblo en Iberoamérica, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

⁴⁶⁵ Nos referimos a el caso de El Salvador, donde a partir del inicio de los años noventa, se desarrolló un proceso de transformación jurídica, que implicó no solo tomar a los derechos humanos como mecanismos de denuncia, sino también cambios en la estructura jurídica del país. (Por mencionar algunos ejemplos: nueva legislación de familia, penal, de menores, entre otras). Lo anterior, con la finalidad de crear un Estado democrático de derecho y cambiar en el país, la visión que se tenía hasta el momento de los derechos humanos. Reflexiones interesantes sobre la evolución y hasta la involución en el respeto de los derechos humanos pueden ser vistas en RODRÍGUEZ MELENDEZ, R., "Derechos humanos en El Salvador en el siglo XXI: los riesgos del Jano Bifronte (percepciones desde la cotidianidad), {sic}, en Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, núm. 17, mayo de 2007, pp. 108- 117.

⁴⁶⁶ Creada por los Acuerdos de Paz, firmados en Chapultepec, México, el 16 de enero de 1992, que puso fin a la guerra civil de El Salvador. La PDDH salvadoreña nació en un período post conflictivo, en un país tristemente conocido por las graves violaciones a los derechos humanos en

más extensos y completos en materia de protección de los derechos humanos. Son 14 funciones establecidas en la Constitución y desarrolladas en la Ley Orgánica institucional⁴⁶⁷.

perjuicio de sus habitantes. Así, en relación a su amplio mandato, la PDDH ha establecido: "Es importante recordar que la PDDH fue concebida en la reforma constitucional acontecida en 1991/1992, como una entidad con amplio mandato para lograr la tutela y protección de los derechos humanos de todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado de El Salvador. En ese sentido, parecería suponer que la competencia *ratione loci* de la PDDH se circunscribe únicamente a lo largo y ancho del territorio nacional, en su más amplia conceptualización. Lo anterior que resulta ser absolutamente cierto, no puede imponerse a la idea de que existen otros criterios de competencia que la PDDH debe tener en cuenta para desarrollar sus funciones constitucionales. En especial, el criterio *ratione personae*, impone el deber a la institución de velar por la situación de los derechos humanos de las y los salvadoreños que se encuentran en el exterior, en situación regular o irregular". Vid., Informe de la PDDH sobre los salvadoreños en el exterior, de fecha 12 de febrero de 2002, en Doctrina básica, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, publicación de la PDDH, sin ninguna otra información para citar, pp. 47 y 48. Al respecto de la función de la figura del Ombudsman, la PDDH ha establecido: "La naturaleza del Ombudsman es ser controlador moral, pero también jurídico del poder. Por ello, en Latinoamérica, su rol es trascendental en los tránsitos hacia la democracia". Vid., Informe de la PDDH sobre el asesinato de los sacerdotes jesuitas, de fecha 30 de octubre de 2002, en Doctrina básica, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, publicación de la PDDH, sin fecha, p. 52.

⁴⁶⁷ El mandato constitucional de la PDDH se encuentra regulado en el art. 194 Rom. I CS el cual establece: "I. Corresponde al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos: 1º.- Velar por el respeto y la garantía a los Derechos Humanos; 2º.- Investigar de oficio o por denuncia que hubiere recibido, casos de violaciones a Los Derechos Humanos; 3º.- Asistir a las presuntas víctimas de violaciones a los Derechos Humanos; 4º.- Promover recursos judiciales o administrativos para la protección de los Derechos Humanos; 5º.- Vigilar la situación de las personas privadas de su libertad. Será notificado de todo 'arresto y cuidará que sean respetados los límites legales de la detención administrativa; 6º.- Practicar inspecciones, donde lo estime necesario, en orden a asegurar el respeto a los Derechos Humanos; 7º.- Supervisar la actuación de la Administración Pública frente a las personas; 8º.- Promover reformas ante los Órganos del Estado para el progreso de los Derechos Humanos; 9º.- Emitir opiniones sobre proyectos de leyes que afecten el ejercicio de los Derechos Humanos; 10º.- Promover y proponer las medidas que estime necesarias en orden a prevenir

El Procurador(a) para la Defensa de los Derechos Humanos al igual que su símil guatemalteco, se distingue del Ombudsman sueco y español, por la atribución expresa que tienen los primeros de investigar violaciones a los derechos humanos, mientras que los europeos se limitan a la supervisión de la Administración pública⁴⁶⁸.

Tanto así, que es posible agregar algo más. A diferencia de la labor de las Defensorías del Pueblo de España y Europa, en el caso de la PDDH salvadoreña, su mandato institucional la faculta para realizar un control sobre la vulneración a los derechos humanos que puede hacer la producción legislativa. A manera de ejemplo, podemos citar los pronunciamientos institucionales relacionados a la Ley Antimaras, Ley contra el crimen organizado, Ley para la protección de testigos y víctimas, Ley de bienestar magisterial, Ley de la carrera policial y proyectos de Códigos Penal y Procesal. ¿Estará extralimitándose en sus funciones? Creemos que no. La CS le da esa facultad. Como se ha mencionado, no resulta nada raro por su génesis coyuntural.

Punto y aparte de lo anterior, el titular de la PDDH, básicamente debe ser un funcionario independiente, nombrado por el Parlamento u Órgano Legislativo, para velar por el respeto de los derechos humanos de las personas en general⁴⁶⁹. Se trata de

violaciones a los Derechos Humanos; 11°.- Formular conclusiones y recomendaciones pública o privadamente; 12°.- Elaborar y publicar informes; 13°.- Desarrollar un programa permanente de actividades de promoción sobre el conocimiento y respeto de los Derechos Humanos; 14°.- Las demás que le atribuyen la Constitución o la Ley. El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos podrá tener delegados departamentales y locales de carácter permanente". Estas atribuciones se desarrollan a su vez, a través de Ley Orgánica. Véase, Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, DL núm. 183, de 20 de febrero de 1992, DO núm. 45, T. 314, de 3 de junio de 1992.

⁴⁶⁸ Vid., SANDOVAL ROSALES, R. I, *El Ombudsman: defensor de los derechos fundamentales*, primera edición, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1995, p. 91 y ss.

⁴⁶⁹ Desde su creación, cinco procuradores/as han dirigido la institución. Puede verse los titulares de la PDDH en cuadro anexo núm. 1.

un organismo cuyo poder reside en el peso moral de sus sanciones, y no en la capacidad legal para forzar a su cumplimiento. Al respecto, la PDDH señala que: "La protección no jurisdiccional de los derechos humanos no conlleva efectos legales y su finalidad no es punitiva, sino por el contrario recomendatoria, orientadora y preventiva. No es punitiva porque no implica sanciones, ni penas. Su naturaleza recomendatoria consiste en que el resultado de la investigación se expresa en recomendaciones o cursos de acción que se solicita puedan ser adoptados por las autoridades competentes"⁴⁷⁰.

Por ende, la solvencia moral y ética de su titular, y de sus miembros, es fundamental para que sus resoluciones tengan algún peso en la sociedad⁴⁷¹. Dichas facultades, son acordes al estándar internacional establecido en los Principios de Naciones Unidas relativos al estado de las Instituciones Nacionales de Protección de Derechos Humanos, aprobada en 1992 y 1993 respectivamente por la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General⁴⁷².

Comúnmente llamados "Principios de París", establecen las funciones de estas instituciones a nivel nacional, que de manera general son: Presentar informes al Gobierno y al Parlamento sobre cuestiones relativas a los derechos humanos; procurar que las prácticas y la legislación se armonicen con las normas internacionales; estimular la ratificación y aplicación de las normas internacionales; contribuir a la preparación de informes de conformidad con los instrumentos internacionales; colaborar en la elaboración de programas dedicados a los derechos

⁴⁷⁰ Debe verse, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, Manual del Procedimiento de Investigación., Libros de Centroamérica, San Salvador, 1996.

⁴⁷¹ Conforme el art. 5 LPDDH, el Procurador(a) deber ser de reconocida trayectoria en el campo de la promoción, educación y defensa de derechos humanos, y con amplios conocimientos en la materia y de moralidad y competencias notorias.

⁴⁷² Resolución 1992/54 de la Comisión de Derechos Humanos, de 3 de mayo de 1993 y Resolución 48/134 de la Asamblea General de la ONU, de 20 de diciembre de 1993.

humanos; cooperar con las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones nacionales de otros países⁴⁷³.

A efectos del objeto de la presente investigación, se puede establecer que al igual que su símil europeo y español, la PDDH también está facultada para velar por la buena administración en el territorio salvadoreño. Veamos a continuación de qué forma.

Las atribuciones de la PDDH, pueden resumirse en tres: a) Velar por el respeto y garantía de los derechos humanos; b) Fiscalizar la actuación del Estado en materia de derechos humanos; y, c) Desarrollar un programa de promoción y educación en derechos humanos⁴⁷⁴. Es en la segunda función que ubicaríamos la potestad de fiscalización sobre la Administración pública salvadoreña, que por tradición europea tienen estas instituciones protectoras de los derechos humanos. Dentro del amplio mandato de la PDDH se regula en el ordinal 7 del art. 194 Rom. I CS, que es potestad de la PDDH: "supervisar la actuación de la Administración Pública frente a las personas". En ésta disposición constitucional se faculta a la PDDH a supervisar a la Administración pública, y se traduce en la potestad de investigar y realizar un control de los actos dictados por ésta.

Ahora bien, ¿Se podría establecer una protección al derecho a la buena administración por las instituciones Ombudsmen, en donde no se establece como un mandato expreso o donde no se reconoce la buena administración como un derecho fundamental? Visto de otra forma, ¿Pueden los Ombudsmen supervisar los casos de mala administración en defensa de las personas?

⁴⁷³ Se sigue en este punto el esquema del contenido de los Principios de París, de MORA, A., "El Libro del Defensor del Pueblo...", ob. cit., p. 24.

⁴⁷⁴ Establece el art. 2.1 LPDDH: "La Procuraduría es una institución integrante del Ministerio Público, de carácter permanente e independiente, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, cuyo objeto será el de velar por la protección, promoción y educación de los Derechos Humanos y por la vigencia irrestricta de los mismos".

En el caso salvadoreño, creemos que la solución la encontramos en el art. 2.2 LPDDH, que establece: "Para los efectos de la presente ley se entenderá por derechos humanos los civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y los de la tercera generación contemplados en la Constitución, Leyes y Tratados vigentes; así como los contenidos en declaraciones y principios aprobados por la Organización de las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos"

De esta forma, al extender en gran medida lo que debe entenderse por derechos humanos, también amplía su margen de actuación frente a todas las Instituciones del Estado, incluyendo la Administración pública. En relación a las otras legislaciones Latinoamericanas, la respuesta también es positiva, en virtud de los vastos mandatos de la mayoría de ellas. Al hacer una interpretación extensiva del principio pro homine, estas instituciones encontrarían la potestad de actuar en ese sentido. Además, como ya hemos apuntado, el derecho a la buena administración se halla inmerso en otros muchos derechos reconocidos a nivel internacional, en instrumentos de protección de los derechos humanos.

Recapitulando las líneas anteriores, las Instituciones defensoras de los derechos humanos nacionales, son las principalmente facultadas para fiscalizar la actividad del Estado y por tanto, velar para que la Administración pública brinde un servicio de calidad a los habitantes. Constituyen una garantía para el ciudadano frente a las injerencias negativas del poder público y su actuación debe ser independiente del resto de instituciones estatales, para ser más efectiva su facultad de fiscalización.

El reconocimiento de este derecho como fundamental, no solo conlleva la obligación del Estado -en especial de la Administración pública- de cumplir con la legalidad en el ejercicio de sus atribuciones, sino también la posibilidad y obligación que sea tutelado por la institución del Ombudsman, como garante no solo de la buena administración, sino de los derechos fundamentales en general. Empero, como se ha visto en

el capítulo I, el contenido de la buena administración se encuentra en otros derechos, sí reconocidos por los ordenamientos internos, como lo son: el debido proceso administrativo, el respeto de los plazos, calidad en la atención, entre otros.

¿Qué sucede en los Estados en los que no está reconocida la buena administración como derecho fundamental? En el ámbito europeo, se aplica la jurisprudencia del TJUE. En el resto de países, serán los Ombudsmen que se encarguen de su protección. La importancia de este reconocimiento radica en que la protección de los tribunales puede resultar insuficiente porque no siempre la mala administración será ilegal. Así en otras legislaciones que de igual manera no se reconoce al derecho en estudio como fundamental, o que la mala administración tampoco constituye objeto de investigación por los Ombudsmen nacionales, son precisamente estas Instituciones las que por tradición son las encargadas de defender los derechos humanos fundamentales.

Anexo (Cuadro 1)

Procuradores de los Derechos Humanos de El Salvador (1992-2010).

Período	Procurador(a)
1992-1995	Carlos Molina Fonseca
1995-1998	Victoria Marina de Aviles
1998-2000	Eduardo Péñate Polanco
2000-2001	Marco Antonio Valladares
2001-2007	Beatrice Alamanni de Carrillo
2007-?	Osear Humberto Luna

Fuente: Elaboración propia

CONCLUSIONES

1. Se ha descrito como en un primer momento histórico, la Administración pública nació como respuesta al Estado absolutista; por lo que el respeto a la legalidad fue fundamental. Mientras que hoy, se pide además la adopción de medidas idóneas para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. La actividad administrativa no solo debe ir dirigida a cumplir los preceptos normativos que la vinculan, sino recordar el origen y fin de la actividad estatal: el respeto de la persona humana y sus derechos que le son inherentes. Para lograr el desarrollo de los derechos del ciudadano, las relaciones con las instituciones públicas deben enmarcarse en el ámbito de la calidad en la prestación de los servicios, es decir, orientarse hacia el interés general que debe ser el norte del quehacer institucional.

2. En los últimos años, la buena administración ha adquirido importancia como principio rector de la actuación de las instituciones públicas, hasta llegar a formularse como derecho fundamental en la CDFUE. Además, la buena administración como derecho, impone un determinado comportamiento a los agentes públicos en la forma de tratar los asuntos de su competencia; por lo que este derecho se ha convertido en un deber de la Administración pública. Dicho de otra forma, la buena administración no solo debe ser una característica que distinga a los aparatos gubernamentales, sino también un derecho que asiste a las personas, y que es exigible ante los tribunales.

3. El hablar de buen gobierno o buena administración, nos introduce a terminología novedosa que implica una serie de compromisos no solo institucionales sino personales. El objetivo de llegar a una buena administración puede ser alcanzado a través de instituciones democráticas y comprometidas con el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales. Frente a esta

realidad, es necesario introducir cambios culturales en la conceptualización tradicional de lo que es la función pública. Una forma podría ser, que el ciudadano participe del quehacer institucional. Resulta fundamental además, la adhesión del funcionario a los más altos ideales de honestidad, veracidad, entereza y entrega al servicio. Los ciudadanos tenemos el derecho a que los asuntos públicos sean tratados con transparencia y con estricto apego a intereses de carácter colectivo, por lo que así debemos exigirlo.

4. Como con razón se ha expuesto, ni la constitución española o la salvadoreña reconocen el derecho a la buena administración como derecho fundamental. No obstante lo anterior, es un derecho con eficacia jurídica plena, por ser un bien jurídico constitucionalmente protegido. Los Tribunales con jurisdicción contencioso administrativo en España y El Salvador han tutelado lo que se entiende por buena administración de manera extensiva, relacionándola con otros derechos que sí son fundamentales. Es necesario, por tanto, el reconocimiento jurídico -principalmente en la normativa constitucional- del buen gobierno o la buena administración, no solo como una obligación de los funcionarios públicos, sino también como un derecho de carácter colectivo.

5. La buena administración es un vehículo para garantizar la transparencia de la Administración pública y combatir la corrupción, condición sine qua non para su funcionamiento. Pero para que la Administración sea además eficiente y eficaz, se requiere de otros elementos, entre los que se pueden mencionar los cambios en su entorno para dar respuesta a los principales problemas de los ciudadanos. Por ello, aunque se haya avanzado en la calidad de los servicios públicos, falta cubrir todavía aspectos como la transparencia y el control que los ciudadanos debieran ejercer sobre la actuación administrativa; al final, esto conduciría al establecimiento de buenas prácticas públicas⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ En ese sentido, AMILIVIA GONZÁLEZ, M., y NALDA GARCÍA, J. C. "Principios de buena administración y función consultiva...", ob. cit., p. 19.

6. La jurisprudencia europea reconoció que los derechos fundamentales forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión, como principios generales del Derecho; y que tanto las Instituciones de la UE como los Estados miembros, en el ejercicio de sus competencias, deben respetar dichos derechos. Asimismo, se estableció la existencia del deber de someter al control del Tribunal de Justicia, para garantizar la aplicación del Derecho europeo por los jueces nacionales. El reto del Tribunal de Luxemburgo será consolidar la CDFUE y el CEDH, en la búsqueda de la mayor protección de los derechos y una gestión pública más óptima, debido a que el derecho a la buena administración fue edificado en esa línea jurisprudencial.

7. La vinculación de la CDFUE le otorga vida propia a la buena administración, aunque este derecho se encuentra implícitamente incorporado en la mayoría de legislaciones europeas. Con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, se le ha dado valor jurídico a la CDFUE, y por tanto la buena administración adquiere el matiz de derecho fundamental, por lo que hoy podrá ser exigido de manera directa como tal, ante los tribunales europeos. Esto será la puerta de entrada para un nuevo aporte de la jurisprudencia europea, en materia de protección de la buena administración, en favor de los ciudadanos; lo que se traducirá en un amplio y eficaz desarrollo en los sistemas de protección de la UE.

8. El Euro- Ombudsman es un órgano de supervisión y control de las Administraciones públicas, que adquiere vital importancia en la defensa de los derechos del ciudadano y la limitación del poder. Las frecuentes quejas ante el Defensor del Pueblo, provocan una mayor exigencia en las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones. Funciona como garantía para que la actuación administrativa se ciba al respeto de los derechos fundamentales y los principios que deben regir su actuación. A raíz de que año con año ha ido ampliando su ámbito de investigación, el DPE ha creado un acervo propio en materia

de defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales, que ha tenido como resultado que las instituciones se comporten mejor con los ciudadanos.

9. La institución del Defensor del Pueblo en las diferentes latitudes, es un órgano de supervisión y control de las Administraciones públicas y del Estado en general, que resulta muy eficaz. Esta institución investiga los problemas que pueden surgir en el desarrollo de la actividad principalmente administrativa, y aporta las recomendaciones que considera oportunas para el logro de una gestión de calidad. La fuerza de sus resoluciones recae en la vinculación moral con todo el aparato estatal, que nadie pone en tela de juicio, y la fuerza legal dada por el Parlamento que los nombra. Gozan de alta credibilidad frente a la población, por estar enmarcados como defensores de los derechos humanos y de las personas en general.

10. El significado de mala administración resulta importante para delimitar la actuación del Ombudsman, por ser una definición en clave negativa. Así, las funciones del DPE vienen dadas por las investigaciones que realiza sobre mala administración, ya que aquel actuará cuando ésta exista. Justamente, el cometido prioritario hacia el que se orientan sus atribuciones es investigar casos de mala administración, que se traduce en fiscalizar la labor de la Administración pública y por tanto ser garante del derecho a la buena administración. Esto debido a que básicamente controla la mala administración y no la legalidad en la actuación administrativa, ya que esto lo hacen los tribunales comunes.

11. Corresponde ahora a los dedicados al tema del buen gobierno de las instituciones públicas, hacer nuevas reflexiones -que anticipamos no será tarea fácil- a la luz de las reformas de los tratados originarios, la nueva jurisprudencia europea y la aplicación directa de la CDFUE y las funciones del DPE; todos ellos, instrumentos de garantía de la buena administración. Lo que sí debe quedar claro es que el derecho a la buena administración, y su incumplimiento -la mala administración-,

son construcción del Derecho europeo. Es necesario que éstos se desarrollen de manera progresiva, en beneficio de los ciudadanos y de toda persona en sus relaciones con la Administración pública. Asimismo, debe hacerse extensiva al resto de países, a través de su reconocimiento en los ordenamientos nacionales, y su protección por los tribunales de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

A. Autores

AGUILAR HERNÁNDEZ, F., Moral pública en los procesos de buen gobierno, primera edición, Instituto de Administración pública del Estado de México, Universidad Autónoma del Estado de México, México D. F., 2000.

ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M., La Europa que viene: El Tratado de Lisboa, segunda edición, Marcial Ponds, Madrid, 2010.

AMILIVIA GONZÁLEZ, M., y NALDA GARCÍA, J. C., "Principios de buena administración y función consultiva", en Revista Española de la Función Consultiva, núm. 9, enero- junio de 2008.

ARTIGA- GONZÁLEZ, A., Gobernabilidad y democracia en El Salvador, UCA editores- PNUD, primera edición, 2007.

ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M., "El Defensor del Pueblo Europeo y el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa", en Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 69, primer trimestre de 2008.

AYALA, J. M., et al., Manual de Justicia Administrativa, primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003.

BAENA DEL ALCÁZAR, M., "Sobre la idea europea de buena administración", en AA.VV., Instituciones y procesos políticos. Homenaje a José Carzola, primera edición, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), et. al., Manual de Derecho Constitucional, Vol. II, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

_____, "Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea", en Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 7, enero-junio de 2007.

BAQUERO CRUZ, J, "Cooperación, competencia, deferencia: La interacción entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales", en BENEYTO PÉREZ, J. M., (Dir.), MAILLO GONZALEZ-ORÚS, J., y BECERRIL ATIENZA, B., (Coords.), Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, derechos Fundamentales, Tomo II, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

BENEYTO PÉREZ, J. M., "La Gobernanza en Europa y el Proyecto de Constitución europea", en FLECHA ANDRÉS, J. R., y GARCÍA NICOLÁS, C., (Coord.), La nueva Unión Europea: retos y desafíos de la ampliación", Instituto de estudios europeos y derechos humanos, Universidad Pontificia de Salamanca, 2004.

BERMEJO VERA, J., Derecho Administrativo Básico, Parte General, novena edición, Editorial Civitas, Thomson Reuters, Madrid, 2009.

BERTRAND GALINDO, F., Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, primera edición, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de reforma judicial, San Salvador, 1992.

BIGLINO CAMPOS, P. "Derechos fundamentales en la Unión y en los Estados miembros: algunos problemas de conexión", en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 23, núm. 69, septiembre- diciembre 2003.

_____, "La evolución de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea: Algunos aspectos federales", en ALONSO MARTÍNEZ, J. M., y HERRERO DE LA FUENTE, A. A., (Coords.), El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957- 2007), un balance socio económico de la integración europea, Editorial Comares, Granada, 2007.

CABANELLAS, G., en la voz "Administración pública", Diccionario Enciclopédico de derecho usual, Tomo I, vigésima cuarta edición, Editorial Heliasta, Argentina, 1996.

CALONGE VELÁSQUEZ, A., "Gobernanza Europea: el papel de la Instituciones y la centralidad de la Comisión", en LINDE PANIAGUA, E., HIGUERAS CATALUÑA, M., "La Gobernanza Europea", en Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 6, primer semestre, UNED, Colex, 2004.

CARMONA Y CHOSSAT, J. F., *El Defensor del Pueblo*, primera edición, INAP, Madrid, 2000.

CASTILLO BLANCO, F. A., "Derechos y principios relacionados con la buena administración y la calidad de los servicios", en AA.VV., BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "La Gobernanza hoy: introducción", en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *La Gobemanza hoy: 10 textos de referencia*, primera edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

CHITI, M. P., *Derecho Administrativo Europeo*, primera edición, Civitas, Madrid, 2002.

CHOZAS ALONSO, J. M., "El principio de proporcionalidad de los delitos y las penas: el art. 49 CDFUE", en DE LA OLIVA, A., (Dir.), *La justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2008.

CIENFUEGOS MATEOS, M., "El impacto de las Comunidades Europeas en las competencias de las Comunidades Autónomas", en CIENFUEGOS MATEOS, M., et. al., *Estatuto y Unión Europea*, primera edición, Institut d' Estudis Autonòmics, Barcelona, 2006.

COLOMER VIADEL, A., "El Defensor del Pueblo: un órgano político- administrativo de protección de los derechos", en *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, UNED, enero- agosto de 2008.

Comisión de las Comunidades Europeas, *La Gobemanza Europea. Un Libro Blanco*, Bmselas, 25 de julio de 2001.

Comisión Europea, *Su guía sobre el Tratado de Lisboa*, Luxemburgo, Dirección General de Publicaciones, Comunidades Europeas, 2009.

Comunidades Europeas, *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, de 13 de diciembre de 2007, vigente desde el 1 de diciembre de 2009.

Consejo de la Unión Europea, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones relativas al*

texto completo de la Carta, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2001.

CORCHETA MARTÍN, M. J., El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos, primera edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

COSCULLUELA MONTANER, L., Manual de Derecho Administrativo I, decimoquinta edición, Thomson- Civitas, Madrid, 2004.

COUTURE, E., en la voz "administración", Vocabulario jurídico, sexta reimpression, editado por PEIRANO FACIO J., y SÁNCHEZ FONTÁNS, J., Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1997.

CRESPO RODRÍGUEZ, M., y ZAFRA JIMÉNEZ, A., Transparencia y buen gobierno: su regulación en España, La Ley, Madrid, 2005.

DE FUENTES BARDAJÍ, J., (Dir.), et, al., Manual de Derecho Administrativo Sancionador, Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Editorial Thomson- Aranzadi, 2005.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., y LUCERO ESPINOZA, M., Compendio de Derecho Administrativo, quinta edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

DÍAZ GRECO, M., Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y los Estados miembros, primera edición, Editorial Reus, Madrid, 2009.

DÍAZ MUIÑA, M., y MURILLO GARCÍA- ATANCE, I., "La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena administración", en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 32, junio de 2008.

DURÁN RIBERA, W., Principios, Derechos y Garantías Constitucionales, Editorial El País, primera edición, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2005.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Bibliográfica Omeba, Argentina, 1954.

ESCOBAR ROCA, G., (Dir.), et. al, Defensorías del Pueblo en Iberoamérica, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2008.

_____, "Derechos Fundamentales: Una aproximación general", en Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Alcalá de Henares, núm. 8, 1998- 1999.

ESCUIN PALOP, C, Curso de Derecho Administrativo, tercera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Espacio Formación, Calidad Total en las Administraciones Públicas. s/e, Editorial CEP, Madrid, 2006.

FABIÁN CAPARRÓS, E., La corrupción de agente público extranjero e internacional, Ratio Legis, Salamanca, 2002.

FARFAN MATA, E. B., "Principio de subsidiaridad", en Módulo de Derecho Local, Programa de Doctorado Conjunto en Ciencias Jurídicas, Itinerario de Derecho Público, Universidad de El Salvador, San Salvador, febrero y marzo de 2008.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., (Coord.), et. al., en la voz "Administración General del Estado", Diccionario jurídico, cuarta edición, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2006.

_____, en la voz "Defensor del Pueblo", Diccionario jurídico, cuarta edición, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2006.

_____, en la voz "Derechos fundamentales", Diccionario jurídico, cuarta edición, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2006.

FERNANDEZ SEBASTIAN, J., y FUENTES, J. F., (Dir.), en la voz "administración", Diccionario político y social del siglo XX español, Alianza Editorial, Madrid, 2008.

FERNANDEZ TOMAS, A., La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Conclusiones.

FERRER JEFFREY, B., "Presente y futuro del Defensor del Pueblo Europeo, Guardián de la buena administración", en Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 3, segundo semestre de 2002.

FONSECA MORILLO, F. J., "La gestación y el contenido de la Carta de Niza", en MATÍA PORTILLA, F. J., (Dir.), La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

FUENTETAJA PASTOR, J. A., "El derecho a la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 15, segundo semestre 2008, Colex, Madrid, 2008.

_____, "El Tribunal de la función pública de la Unión Europea", en Revista Española de Derecho Europeo, Thomson-Civitas, núm. 13, enero- marzo, 2005.

_____, "La reforma de la función pública europea", en Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 19, año 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre- diciembre de 2004.

GALÁN BIOQUE, R., "El derecho a una buena administración (Art. II- 10 del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa)", en "Estudios Jurídicos sobre la Constitución Europea", Revista Crónica Jurídica Hispalense, Facultad de Derecho Universidad de Sevilla, Monográfico 2005.

GALERA RODRIGO, S., "El derecho a una buena administración", en ALVAREZ CONDE, E., y GARRIDO MAYOL, V., (Dir.), et. al., Comentarios a la Constitución europea, Los derechos y Libertades, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GALINDO CAMACHO, M., Teoría de la Administración pública, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R, Curso de Derecho Administrativo I, décimo cuarta edición, Thomson-Civitas, Madrid, año 2008.

_____, Curso de Derecho Administrativo II, undécima edición, Civitas Ediciones, Madrid, 2008.

GARCIA DE ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la Administración, quinta edición, Editorial Civitas, Madrid, 2005.

GARCÍA MEXIA, P., "La ética en la Administración Pública" en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 16, núm. 48, septiembre- diciembre de 1996.

GARCÍA ROCA, J., "Originario y derivado en el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Los test de constitucionalidad y convencionalidad", en Revista de Estudios Políticos Nueva Época, núm. 119, enero-marzo de 2003.

_____, El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

soberanía e integración, primera edición, Cuadernos Civitas, Navarra, 2010.

_____, y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II, sexta edición, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1983.

GERPE CEVALLOS, S., y SANGUINETTI VEZZOSO, M. N., "El Código Iberoamericano de Buen Gobierno", en *Quantum: Revista de administración, contabilidad y economía*, Vol. III, núm. 1, marzo de 2008.

GIL ROBLES, A., "El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina", en AA.VV., *CANCADO TRINDADE, A. A. y GONZÁLEZ VOLIO, L., (Comp.), Estudios básicos de Derechos Humanos*, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1995.

GONZÁLEZ ALONSO, L. N., "Comentario al artículo 41, derecho a una buena administración", en LÓPEZ ESCUDERO, M., et. al., *MANGAS MARTÍN, A., (Dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L. N., (Coord.), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, comentario artículo por artículo, primera edición, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

GONZÁLEZ DE DIOS, E., "Plan de calidad en la Administración General del Estado", en TRINIDAD REQUENA, A., (Coord.), *Evaluación y calidad en la Administración*, INAP, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., "La efectividad de los derechos fundamentales en el plano internacional: la ejecución en España de los dictámenes y decisiones internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales"; en DE LA OLIVA, A., (Dir.), *La justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Editorial Colex, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Sistema jurídico de las Administraciones Públicas*, primera edición, Editorial Civitas, Madrid, 2009.

GRACIA ROMERO, F. M., y LATORRE VILA, L., "Ética administrativa: reflexiones desde la función pública", en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 31, diciembre de 2007.

LAPUENTE GINÉ, V., "¿Por qué hay tanto corrupción en España?", en Periódico El País, de 27 de marzo de 2009.

LIMA TORRADO, J., La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico de sus objetivos y de la concreción normativa de los mismos, en Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, núm. 18, 2001.

LINDE PANIAGUA, E., et. al., Derecho de la Unión Europea I, Marcial Ponds, Madrid, 1995.

_____, et. al., Principios de Derecho de la Unión Europea, tercera edición, Editorial Colex, Madrid, 2006.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y GARCÍA-COMENDADOR ALONSO, L., Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, primera edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LÓPEZ ESCUDERO, M., et. al., "Artículo 41: derecho a una buena administración"; en MANGAS MARTÍN, A., y GONZÁLEZ ALONSO, L., (Coord.), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo, primera edición, fundación BBVA, Bilbao, 2008.

LORENZO DE MEMBIELA, J. B., "La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora", en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 30, junio de 2007.

MANGAS MARTÍN, A., "Comentario a los artículos 51 y 52 de la CDFUE", en LÓPEZ ESCUDERO, M., et. al., MANGAS MARTÍN, A., (Dir.), GONZÁLEZ ALONSO, L. N., (Coord.), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo, primera edición, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

_____, y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., Instituciones y Derecho de la Unión Europea, quinta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

MARCOU, G., "La Función pública en Francia", en AA.W., Organización Administrativa, Función Pública y dominio

público, primera edición, Ediciones Rap, Buenos Aires, Argentina.

MARTÍN- RETORTILLO BAQUER, L., La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas, primera edición, Thomson- Civitas, Navarra, 2007.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., "La Carta de derechos: algunos problemas", en ALVAREZ CONDE, E., et. al., Comentarios a la Constitución europea, Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MAYNTZ, R., "Nuevos desafíos de la teoría de la gobernanza", en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia, primera edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

MELLADO RUIZ, L., "Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho Comunitario: instrumentos de garantía frente a la comunitarización de los procedimientos", en Revista española de Derecho Europeo, núm. 27, Thomson-Civitas, julio- septiembre de 2008.

MIRALLES SANGRO, P. P., "La ciudadanía de la Unión Europea", en LINDE PANIAGUA, E., (Coord.), Políticas de la Unión Europea, quinta edición, Editorial Colex, Madrid, 2008.

MORA, A., El Libro del Defensor del Pueblo, Defensor del Pueblo, Madrid, 2003.

MORATA, F., "Regiones y Gobernanza multinivel en la Unión Europea", primera edición, en MORATA, F., et al., Gobernanza multinivel en la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MORICONI, M., "Revisión crítica: la necesidad de incorporar el buen pensar retórico en la construcción de Gobernanza", en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 145, Madrid, julio- septiembre de 2009.

MUÑOZ MACHADO, A., La gestión de la calidad total en la Administración pública, Díaz Santos D. L., Madrid, 1999.

_____, Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo I, Derecho Administrativo y Sistema de Fuentes, primera edición, Editorial Iustel, Madrid, 2009.

_____, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, primera edición, Thomson- Civitas, Madrid, 2004.

NIETO GARRIDO, E., "Los derechos a una buena administración, de acceso a los documentos y la protección de datos de carácter personal (Arts. 8, 41 y 42 CDFUE)"; en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A. (Coord.), et. al., Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado, primera edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

NIGRO, FELIX A., y NIGRO, LLOYD G., Administración pública moderna, primera edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981.

PACHECO, M. "Los Derechos fundamentales de la persona humana" en AA.W., Estudios básicos de Derechos Humanos, Tomo II, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1995.

PADRÓS REIG, C, y ROCA SAGARRA, J., "La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Revista de Administración Pública, núm. 136, enero- abril de 1995.

PAREJO ALONSO, L., "Los principios de la Gobernanza Europea", en LINDE PANIAGUA, E., HIGUERAS CATALUÑA, M., "La Gobernanza Europea", en Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 6, primer semestre 2004, UNED, Colex, 2004.

_____, Manual de Derecho Administrativo Comunitario, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.

Parlamento Europeo, Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo, aprobado el 9 de marzo de 1994, DO L 113 de 4 de mayo de 1994. Modificado por su Decisión de 14 de marzo de 2002, que suprime los arts. 12 y 16. DO L 92, de 9 de abril de 2002.

PASCUA MATEO, F., "Derechos fundamentales y fuerzas armadas de la Unión europea", en Revista Española de Derecho Europeo, núm. 14, Thomson- Civitas, abril-junio de 2005.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Décimo tercera edición, Tecnos, Madrid, 2009.

PEÑA ECHEVARRÍA, J., "La Carta de Derechos Fundamentales y la ciudadanía europea", en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 33, enero- abril, Instituto de Estudios Europeos, Valladolid, 2003.

PÉREZ CARRILLO, E. F., "El derecho de acceso a los documentos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en RUIZ MIGUEL, C. (Coord.), *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

PÉREZ DAYÁN, A., *Teoría General del Acto Administrativo*, primera edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, sexta edición.

PÉREZ TREMP, P., y SÁNCHEZ BARRILAO, J., "Los derechos fundamentales en la Constitución salvadoreña", en *Revista Justicia de Paz*, Año II, Vol. III, septiembre- diciembre de 1999.

PONCE SOLÉ, J., "Desarrollo territorial y urbanístico sostenible y buena administración mediante la actividad de planificación en la ley 8/2007, de 28 de mayo de suelo", en ROGEL VIDES, C, y BASSOLS COMA, M., (Dirs.), et., al., *El Derecho Urbanístico del siglo XXI, ordenación del territorio y urbanismo*, Tomo II, Editorial Reus, Madrid, 2008.

_____, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*; primera edición, Lex Nova, Valladolid, 2001.

PRATS CATALÁ, J., "La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración", en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, mayo- agosto de 2007.

_____, "Modo de gobernación de las sociedades globales", en CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, primera edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

PRIETO SANCHÍS, L., "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la constitución española", en *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, *Manual del Procedimiento de Investigación.*, Libros de Centroamérica, San Salvador, 1996.

RALLO LOMBARTE, A., ¿Hacia una constitución europea?, "Reflexiones sobre la protección de los derechos fundamentales en el debate constituyente europeo", en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7,1- 2003.

_____, "Reflexiones sobre la protección de los derechos fundamentales en el debate constituyente europeo", en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 7,1- 2003.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Madrid, 2001.

RIBO DURAN, L., en la voz "Administración", *Diccionario de Derecho*, Tomo I, tercera edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2005.

RIPOL CARULLA, S., "Las interacciones entre el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos y el sistema comunitario e protección de los Derechos Fundamentales", en BENEYTO PÉREZ, J. M., (Dir.), MAILLO GONZALEZ-ORÚS, J., y BECERRIL ATIENZA, B., (Coords.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, derechos Fundamentales*, Tomo II, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ, J., *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Primera edición, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2006.

_____, *Autonomía y Administración pública*, primera edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1996.

RODRÍGUEZ DE RENGIFO, D., *La protección de los usuarios en los servicios públicos*, (tesis doctoral), Universidad Autónoma de Barcelona- Agencia Española de Cooperación Internacional, San Salvador, 2006.

RODRÍGUEZ MELENDEZ, R., "Derechos humanos en El Salvador en el siglo XXI: los riesgos del Jano Bifronte (percepciones desde la cotidianeidad), {sic}, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 17, mayo de 2007.

ROVIRA A., "Los Defensores del Pueblo y la Convención de Prum", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, enero-junio de 2007.

RUIZ MIGUEL, C., "El largo y tortuoso camino hacia la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en RUIZ MIGUEL, C. (Coord.), *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

RUIZ- RICO RUIZ, G., "Los Defensores del Pueblo Autonómicos tras la reforma de los Estatutos de Autonomía", en *Revista d'estrudis autonómics i federáis*, núm. 6, abril de 2008.

SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P. A., "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en *Revista de Derecho de la Unión europea*, núm. 15, Segundo semestre, 2008.

SÁNCHEZ BARRILAO, J., "Los derechos fundamentales en El Salvador", en *Revista Justicia de Paz*, Año III- Vol. I, enero- abril de 2000.

SÁNCHEZ ESCOBAR, C, en AA.W., "Fundamentos de Derecho Penal", en *Ensayos para la Capacitación Judicial*, primera edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003.

SÁNCHEZ LÓPEZ, J., "Defensa de los derechos (Defensor del Pueblo)", en AA.W., BALAGUER CALLEJÓN, F., (Coord.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

_____, "El Defensor del Pueblo Europeo", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, enero-junio de 2005.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo*, Parte General, quinta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ, R. A., *Demandas de calidad de la Administración Pública: un derecho de la ciudadanía*, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

SANDOVAL ROSALES, R. L., El Ombudsman: defensor de los derechos fundamentales, primera edición, Ministerio de Justicia, San Salvador, 1995.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. Principios de Derecho Administrativo, Vol. I, cuarta edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2002.

_____, Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, primera edición, Editorial lustel, Madrid, 2004.

SANZ DE SANTAMARÍA, P. A., et. al, Introducción al Derecho de la Unión Europea, segunda edición, Editorial Eurolex, Madrid, 1999.

SILVA DE LAPUERTA, R., "La protección jurisprudencial de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: nacimiento y evolución", en BENEYTO PÉREZ, J. M., (Dir.), MAÍLLO GONZÁLEZ- ORÚS, J., y BECERRIL ATIENZA, B., (Coords.), Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, derechos Fundamentales, Tomo II, primera edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

SUAY RINCÓN, J., en la voz "Administración (General del Estado)", Diccionario de Derecho Administrativo, Tomo I, en MUÑOZ MACHADO, S., (Dir.), Editorial lustel, primera edición, 2005.

TOMÁS MALLÉN, B., El derecho fundamental a una buena administración, primera edición, INAP, Madrid, 2004.

TOMÁS Y VALIENTE, F., Manual de historia del Derecho español, cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

TRAVIESO, J., Derechos Humanos y Derecho Internacional, segunda edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1996.

VARONA ARCINIEGA, J. A., "Burocracia, gerencia y gobernanza ante los nuevos desafíos del estado del bienestar", en GÓMEZ TORRALBO, R., Estado de bienestar y gobernanza, primera edición, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

VERA SANTOS, J. M., El Defensor del Pueblo en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

WAHRLICH, B. "Evolución de las ciencias administrativas en América Latina", en AA.VV., *Administración pública: perspectivas críticas*, FLORES, G., (Comp.), Instituto Centroamericano de Administración Pública, 1984.

B. Legislación

1. El Salvador

Asamblea Constituyente, Constitución de la República de El Salvador, 16 de diciembre de 1983, DO núm. 234, de 1983, Tomonúm. 281.

Asamblea Legislativa, Código Penal de El Salvador, DL núm. 1030, de 26 de abril de 1997, DO núm. 105, T. 335, de 6 de octubre de 1997.

_____, Ley de Ética gubernamental, DL núm. 1038, de 27 de abril de 2006, DO núm. 90, T. 371, de 18 de mayo de 2006.

_____, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, D. L. núm. 81, de 14 de noviembre de 1978, D. O. núm. 236, T. 261, de 19 de diciembre de 1978.

_____, Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, DL núm. 183, de 20 de febrero de 1992, DO núm. 45, T. 314, de 3 de junio de 1992.

2.1 ESPAÑA

Cortes Generales, Constitución del Reino de España, aprobada en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado, celebradas el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S.M. el Rey, ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

_____, Ley 5/2006, de 10 de abril, Código de Ética pública de los Altos Cargos y la regulación de los conflictos de interés de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración del Estado

_____, Ley núm. 29/1998, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, de 13 de julio, BOE de 14 de julio de 1998.

_____, Ley núm. 3/1980, Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril.

_____, Ley núm. 30/1992, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa de 26 de noviembre, BOE núm. 285, de 27 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, BOE núm. 12, de 14 de enero.

_____, Ley núm. 50/1997, de Organización, competencia y Funcionamiento del Gobierno de 27 de noviembre.

_____, Ley núm. 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 14 de abril.

_____, Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, de 6 de abril, modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1981 y núm. 57, de 6 de marzo de 1992); y, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, (BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009).

_____, Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del empleado Público, aprobado por BOE núm. 89, de 13 de abril.

2. Instrumentos internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración del Milenio, Resolución (A/RES/55/2), aprobada el 13 de septiembre de 2000, en su 55 Período de Sesiones.

Comisión Europea, Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, 13 de septiembre de 2000, Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, número DO L 267, de 20 de octubre de 2000.

Comunidades Europeas, Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, DO C115, de 9 de mayo de 2008.

_____, Tratado de la Unión Europea, DO C1 15, de 9 de mayo de 2008.

_____, Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, modificó los Tratados de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Entró en vigencia el 1 de diciembre de 2009.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comité de Expertos en Administración Pública, Primer período de sesiones, Nueva York, 22 a 26 de julio de 2002. (E/C. 16/2002/3), "La función esencial de la Administración pública y la buena gestión de los asuntos públicos en la aplicación de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas: desarrollo de los recursos humanos.

C. Informes

DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO, Informe anual de 1997, de 26 de junio de 1998, cap. II.

_____, El cometido del Defensor del Pueblo Europeo, Informe Anual 2008, Comunidades Europeas, Estrasburgo, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Informe Anual 2008, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2009.

D. Páginas Web

Defensor del Pueblo Europeo, web oficial: <http://www.ombudsman.europa.eu/>.

Defensor del Pueblo de España, sitio oficial en: <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=todosobredefensorO.asp>.

Defensor Parlamentario del Pueblo del Reino Unido, en el sitio: http://www.ombudsman.org.uk/improving_services/principles/good_administration/index.html.

Legislación de la UE: <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>.

Naciones Unidas, web oficial: <http://www.un.org/es/>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OCDE):

http://www.oecd.org/document/29/0,3343,es_36288966_36288607_42799837_1_1_1_1,00.html.

Oficina de Ética Gubernamental, de los Estados Unidos de América:

http://www.usoge.gov/about/organization_functions.aspx.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito:
<http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/drogas/mandate.shtml>.

Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, (OLAF):
http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_es.html.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, (PNUD), El Salvador: <http://www.pnud.org.sv/2007/gd/>.

Real Instituto El Cano, información sobre el Tratado de Lisboa:
www.realinstitutoelcano.org/especiales/EspecialFuturoEuropa/docs/TratadoLisboa2007/Perez_Nanclares_estudio_preliminar_def.pdf.

Red Española del Pacto Mundial de las Naciones Unidas:
http://pactomundial.org/index.asp?MP=1&MS=1&MN=1&r=819*480.

Transparencia Internacional, sitio oficial:
http://www.transparency.org/about_us.

Unión Europea, en:
http://www.europarl.europa.eu/charter/default_es.htm#declarations.

E. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva núm. Oc-6/86, del 9 de mayo de 1986, La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 32.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva Oc-5/85, del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 Y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 66.

SSC, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 20 de junio de 1999, inc. 4-88.

SSCA, Corte Suprema de Justicia, núm. 74- 2008, de 23 de noviembre de 2009.

SSCA, Corte Suprema de Justicia, 112- 2008, de fecha 19 de marzo de 2009.

SSCA, Corte Suprema de Justicia, núm. 45- 2007, de 15 de abril de 2008;

STEDH, núm. 42585/1998, asunto Intiba c. Turquía, de 24 de mayo de 2005.

STEDH, asunto Du Roy y Malaurie c. Francia, de 3 de octubre de 2000, ap. 50.

STEDH, asunto Ertas Aydin et. al., c. Turquía, 20 de septiembre de 2005.

STEDH, asunto Van Mechelen, et. al., c. Países Bajos de 23 de abril de 1997.

STJCE, asunto 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato SpA c. Simmenthal, de 9 de marzo de 1978.

STJCE, asunto 29/69, de 12 de noviembre de 1969, Stauder c. Ciudad de Ulm, párr. 7.

STJCE, asunto 4/1973, de 14 de mayo de 1974, Nold KG c. Comisión, párr. 13.

STJCE, Asunto C- 354/04 P, Gestora Pro Amnistía, de 27 de febrero de 2007, Rec. P. I- 579, punto 51.

STJCE, asunto 5/1988, de 13 de julio, Wachauf c. Alemania, párr. 19.

STJCE, asunto Costa c. ENEL, núm. as. 6/64, de 15 de julio de 1964.

STJCE, asunto Erich Stauder c. Villa de Ulm, núm. as 29- 69, Rec. 1969, de 12 de noviembre de 1969.

STJCE, Max Mobil Telekomunikation c. Comisión, Asunto C- 141/02, de 22 de febrero de de 2005.

STPI, asunto asunto Francois c. Comisión, de 10 de junio de 2004, Sala Quinta.

STPI, asunto Bonn Fleisch Ex- und Import c. Comisión, de 27 de febrero de 2003, párr. 107.

STPI, asunto Hoechst vs Comisión, núm. T- 410/03, de 18 de junio de 2008.

STPI, asunto José Martí Peix c. Comisión, de 13 de marzo de 2003, Sala Tercera, párr. 97.

STPI, asunto Max Mobil Telekomunikation c. Comisión, núm. T- 54/99, de 30, de enero de 2002.

STPI, asunto Tillack vs. Comisión, núm. T- 193/044, de octubre de 2006.

STPI, asunto Volkswagen c. Comisión, de 6 de julio de 200, párr. 281.

STPI, asuntos acumulados T- 219/02 y T- 337/02, Herrera c. Comisión, de 28 de octubre de 2004, apartado 102; y, asunto T- 193/04 R, Hans- Martin Tillack vs Comisión, de 4 de octubre de 2006, apartado 128.

STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección séptima, de 7 de octubre de 1999.



ISBN 978-84-8481-121-3



9 788484 811213