

PONCE SOLÉ, J. (2019). LA LUCHA POR EL BUEN GOBIERNO Y EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN MEDIANTE EL ESTÁNDAR JURÍDICO DE DILIGENCIA DEBIDA. MADRID: *CUADERNOS DE LA CÁTEDRA DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS* (15), 262.

Sebastián Salazar Pizarro*

La presencia en los medios de comunicación social de diversas denuncias por casos de mala administración y corrupción en el ámbito público y privado es un hecho que, lamentablemente, se está naturalizando en el contexto nacional¹, regional² e internacional³. Si esta situación se acompaña con la falta de sanciones —de toda índole— de estas conductas lesivas, la principal consecuencia de este fenómeno será la afectación de la confianza por parte de la ciudadanía en la institucionalidad vigente y, en último caso, en el propio sistema democrático. Esto, por la menor tolerancia que la opinión pública manifiesta sobre estas denuncias. Por tanto, corresponde a los poderes públicos: reflexionar adecuadamente sobre el daño producido por este flagelo; fortalecer los mecanismos de detección, control, procedimientos; y establecer sanciones tendientes a prevenir y combatir tanto la mala administración como la corrupción de manera efectiva y decidida.

* Doctorando en Derecho y Ciencia Política de la Universitat de Barcelona; máster universitario en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid; abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Alberto Hurtado; investigador invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

1 Según la encuesta nacional de opinión pública N° 83 del Centro de Estudios Públicos (2019, pág. 5), realizada en mayo, la corrupción es la quinta preocupación de los chilenos, con una variación porcentual mayor de 5 puntos respecto a la medición anterior de octubre-noviembre de 2018 efectuada por dicho centro.

2 Basta recordar todas las ramificaciones del caso Obredecht en el continente (Irujo Amatria & Gil, 2017). Para el caso latinoamericano, la Organization for Economic Cooperation and Development —OECD— (2018b) también se ha referido sobre la materia.

3 Para la OECD (2018a), el fenómeno de la corrupción es global, por lo que su combate debe pensarse sobre la base de revalorizar la integridad, como principio rector en la gobernanza de los países y organizaciones supranacionales.

En este sentido, la doctrina administrativista especializada también puede aportar sobre estas temáticas de manera concreta. Por tal motivo, presentamos el reciente libro del doctor Juli Ponce Solé, denominado «La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida», cuya publicación corresponde a la última edición de los Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, a cargo de la Universidad de Alcalá y el defensor del pueblo —español—.

Con una amplia experiencia en la gestión pública catalana y en la academia española y europea, el doctor Ponce es catedrático de Derecho Administrativo en la Universitat de Barcelona y cuenta con una importantísima obra literaria en sus líneas de investigación relativas al derecho administrativo; al derecho urbanístico y al derecho de la vivienda; a la gestión y ética pública; al buen gobierno, buena administración y lucha contra la corrupción; a la evaluación del impacto normativo y la calidad regulatoria; y a la problemática de la (ir)reversibilidad de los derechos sociales.

El libro contiene un prefacio⁴, una breve introducción, cuatro capítulos y unas reflexiones finales. El objetivo central de esta obra consiste en «desarrollar conceptualmente el derecho a una buena administración reconocido en el derecho español y en otros derechos del mundo, analizar la jurisprudencia internacional y española que lo ha aplicado, construir por primera vez en España un estándar de conducta de los servidores públicos basado en obligaciones jurídicas de buena administración y proponer las principales técnicas jurídicas existentes y las modificaciones normativas precisas para hacerlo realidad en nuestro ordenamiento, con especial atención a la actuación de los *ombudsmen* [sic]» (pág. 25). Por tanto, se trata de una obra original, por los motivos que expondremos a continuación.

Para lograr dicha construcción dogmática, el autor sostiene la importancia de reflexionar sobre un cambio de paradigma en el derecho administrativo. Transitando desde un estadio racional, ilustrado y liberal centrado en las certezas, cuya inspiración proviene del principio de legalidad, al concentrar su enfoque en el cumplimiento de los elementos reglados y la no afectación de la separación de poderes en el control de los jueces del núcleo de las decisiones adoptadas por los poderes públicos; hacia una nueva comprensión, ejercicio y control judicial de las potestades discrecionales, influenciadas por el buen gobierno y el derecho a una buena administración, en una realidad política, económica y social en que la incertidumbre se constituye como un elemento característico de los tiempos actuales⁵.

Esta progresión se justifica por varios motivos. Primero, porque el enfoque precedente ha sido incapaz de prevenir y combatir la mala administración y la

4 En honor al recientemente fallecido profesor Martín Bassols Coma.

5 En el ámbito politológico, el filósofo Daniel Innerarity (2018) refleja asertivamente el fenómeno de la incertidumbre, como una de las principales condicionantes de la actividad política y, por tanto, de la actividad pública en general.

corrupción. Segundo, porque el autor defiende, correctamente, el razonamiento de que la discrecionalidad no es arbitrariedad *per se*, pues esta consiste en la ponderación de diversos intereses y elementos (extra)jurídicos relevantes que influyen en la toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas. Tercero, porque el buen gobierno y el derecho a una buena administración se articulan como técnicas orientadoras para un correcto ejercicio de las potestades discrecionales que la normativa reconoce en un ordenamiento jurídico determinado. Cuarto, porque en este nuevo paradigma se adiciona la idea de responsabilidad en el ejercicio de las potestades discrecionales, de manera que se adopten decisiones racionales y razonables por medio de una debida diligencia y cuidado en la ponderación empática *ex ante* de las diversas necesidades e intereses públicos a satisfacer, sobre la base de la coherencia de la decisión tomada, el expediente administrativo y la motivación que la justifica. Quinto, y último, porque el ejercicio de la discrecionalidad, bajo el arquetipo de la buena administración y buen gobierno, es un elemento nuclear en la conformación y desarrollo de un derecho administrativo global, concretizándose por medio de la preocupación expresada por diversos organismos y tribunales internacionales o supranacionales. Todas estas razones permiten aseverar el cambio de paradigma descrito, en el que el derecho a la buena administración ilumina el actuar de la administración pública.

Pero para comprender esta evolución en el derecho administrativo, se efectúa una conceptualización de una serie de nociones relacionadas, con la finalidad de distinguirlas adecuadamente. Pues bien, se habla de «gobernanza» al referirse a la cooperación entre agentes públicos y privados en la elaboración y aplicación de la política y de las políticas públicas. A su vez, el «buen gobierno» se refiere a la distinción entre gobierno y administración, para la satisfacción de intereses generales y el cumplimiento de la función pública mediante el ejercicio de potestades administrativas reconocidas por la normativa vigente con objetividad; función de gobierno que debe desarrollarse cumpliendo las obligaciones jurídicas de no afectar principios y fines constitucionales, del respeto de los derechos fundamentales, y del cumplimiento de deberes jurídicos –como la racionalidad e igualdad–, para la persecución del interés general mediante la selección de las opciones menos restrictivas para las personas en términos de derechos y en el uso de recursos públicos destinados al cumplimiento de estas obligaciones.

En el caso del concepto de «buena administración», este corresponde a una técnica que sirve como guía para la actuación pública de la Administración, al establecerse una serie de obligaciones jurídicas que se estructuran como un derecho subjetivo exigible por parte de los particulares, lo que permite al autor afirmar que se trata de un «derecho subjetivo nuevo bajo el sol». Dicho razonamiento se justifica sobre la base de una revisión normativa y jurisprudencial española y comparada, de la que se desprende el establecimiento de la debida diligencia y cuidado como estándar nuclear en las actuaciones administrativas, ante la ponderación de los hechos, intereses y necesidades públicas relevantes a resolver, mediante el ejercicio de la discrecionalidad administrativa

adecuadamente motivada por parte de las autoridades ejecutivas. De esta manera, se podrá prevenir y combatir de mejor forma la mala administración –culposa– y la corrupción –dolosa–, al exigirse una mayor atención en el uso de la discrecionalidad y promoviéndose mayores niveles de participación y transparencia, en aras de un buen gobierno y de una buena administración. Por tanto, este planteamiento se constituye como una superación de la persecución penal *ex post* e inhibitoria de la decisión administrativa del paradigma previo en el derecho administrativo para enfrentar los señalados problemas de la función pública.

Ahora bien, el autor construye el estándar de diligencia debida para los servidores públicos a partir de la interacción de criterios provenientes del derecho público y del derecho privado, constituyéndose en un concepto jurídico indeterminado que sirve de garantía para el buen gobierno y la buena administración. Se trata de un concepto que prioriza el carácter profesional de los funcionarios públicos, que actúan sin conflictos de intereses y con la suficiente información para la ponderación de todos los factores e intereses generales relevantes que justifiquen la decisión pública –evitándose la prevalencia de un criterio por sobre el resto, por ejemplo, el económico–, la que debe estar suficientemente motivada, ser congruente con lo establecido en el expediente administrativo, resguardando el uso adecuado de recursos públicos y evitando afectación alguna de los derechos fundamentales, en cumplimiento de las obligaciones derivadas del buen gobierno y de la buena administración. Por último, y en los términos expresados, este estándar está sujeto a control judicial ante una eventual vulneración del derecho a una buena administración.

A nivel de la Administración pública, el cumplimiento del estándar descrito puede ser asegurado mediante la implementación de una serie de herramientas e instrumentos de gestión e innovación pública –que vayan más allá del uso fetichista de la noción «modernización del Estado»– fenómeno que el autor denomina como la «infraestructura del buen gobierno y la buena administración». Estos mecanismos pueden aplicarse de forma preventiva o correctiva, en función de los criterios de eficacia, eficiencia, economía y ética, que reconoce la Constitución española, tanto en los ámbitos formales como informales de toda la actividad administrativa, para asegurar el estándar de diligencia debida que concreta el derecho a una buena administración.

En este sentido, el libro describe y recomienda el uso de instrumentos internos de la administración, tales como:

- i) los códigos de conductas o cartas de servicio, con carácter vinculante y obligatorio en los organismos administrativos;
- ii) la evaluación de la calidad normativa y el establecimiento de una huella normativa en el ejercicio de potestades normativas;
- iii) mejoras en los procesos de selección y el estatuto jurídico de los funcionarios públicos a todo nivel jerárquico;

- iv) la exteriorización de la fundamentación, la congruencia en el expediente administrativo y la valoración de los criterios (extra)jurídicos que se manifiestan en la motivación de la medida adoptada;
- v) mejoras en la imparcialidad y objetividad de la regulación sobre incompatibilidades y conflictos de intereses de los funcionarios públicos;
- vi) una regulación adecuada y coherente de los *lobbies* y grupos de presión;
- vii) la institucionalización de un sistema de evaluación de las políticas públicas;
- viii) el uso de las aportaciones provenientes del derecho y la economía conductual en la gestión pública, principalmente en los procedimientos y la organización administrativa;
- ix) el uso de *big data*, inteligencia artificial y tecnologías de la información para la prevención de la mala administración y la corrupción;
- x) la implementación de un sistema que proporcione información comprensible a los ciudadanos en cualquier soporte posible;
- xi) una adecuada regulación de los indultos y su control judicial;
- xii) el reforzamiento de controles internos y externos al Poder Ejecutivo, como la figura de los denunciantes o *whistleblowers*, los defensores del pueblo u ómbudsman, y el control judicial de los tribunales, en consideración del nuevo paradigma descrito precedentemente; y
- xiii) por último, una regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado que desincentive la inactividad de la función pública.

Las interesantes reflexiones abordadas en la presente obra pueden ser útiles para la implementación de una agenda legislativa y de gestión e innovación que implique una mejora ostensible en la función pública y el desarrollo de políticas para nuestra institucionalidad, además de aportar elementos concretos para perfeccionar el funcionamiento de los organismos de la Administración. Además, también se entregan criterios y herramientas para aquellas instituciones a cargo del control interno, externo y judicial de las decisiones adoptadas por los organismos administrativos, aceptándose el ejercicio de las potestades discrecionales en los términos señalados, bajo el paradigma del buen gobierno y la buena administración. No obstante lo anterior, queremos destacar tres ideas desarrolladas transversalmente en esta obra, las que consideramos de suma importancia para el desarrollo del derecho administrativo y función pública nacional.

El primer aspecto a destacar consiste en la necesidad de una reflexión sobre la epistemología y metodología del derecho administrativo y la gestión pública, cuyo enfoque técnico jurídico puede ser mejorado gracias a la aportación interdisciplinaria y transdisciplinaria. Sin intención de profundizar sobre discusiones internas en el seno de la ciencia jurídica administrativa, la buena administración se constituye como un «concepto puente» a las innovaciones

provenientes desde otras disciplinas científicas, tales como la economía conductual, la ciencia política, la ingeniería, entre otras. La finalidad de esta perspectiva permite comprender en forma adecuada problemáticas complejas para la adopción de soluciones a necesidades públicas que son igualmente complejas, como consecuencia de los fenómenos derivados por la diversidad, la globalización, el cambio climático, los avances tecnológicos de la revolución digital, la mala administración y la corrupción. Varios de los instrumentos pertenecientes a la infraestructura del buen gobierno y la buena administración, señalados precedentemente, se obtienen de dicho relacionamiento.

En paralelo a este enfoque, se destaca también las aportaciones provenientes de la interacción del derecho administrativo con casos comparados y otras disciplinas jurídicas. En primer lugar, esta obra presenta referencias normativas, jurisprudenciales y de *soft law* relacionadas que provienen de distintos sistemas jurídicos y regiones del mundo occidental, permitiendo al autor reflexionar sobre los alcances internacionales y supranacionales del derecho a la buena administración. Resaltamos el análisis efectuado sobre aspectos contenidos en nuestro país, como el principio de probidad —entendido como integridad—, que corresponde a un ejemplo concreto relevante para la mejora de la calidad de la actividad administrativa; y el establecimiento del estándar de diligencia de buena administración que se introduce por la ley N° 19.653. En segundo lugar, y como mencionamos anteriormente, la construcción del estándar de diligencia debida para los servidores públicos se materializa por medio de la interacción de elementos provenientes del derecho público y del derecho privado. Para concretizar tal análisis dogmático, se efectúa un estudio de los distintos estándares de conducta humana que se contemplan en la legislación civil y mercantil española, en función del carácter flexible de estos y la capacidad de englobar una gran variedad de casos concretos en la formulación de los supuestos que se normativizan. Por tanto, se estudian estándares como el de buen padre de familia y el de ordenado empresario, con la finalidad de complementarlos con los ya desarrollados en diversos ámbitos del derecho administrativo español. De esta manera, se concluye que el ordenado empresario debe ser considerado como un supraconcepto u *Oberbegriff*, es decir, como un concepto esencial común en diversas ramas del derecho.

Una segunda materia a plantear, se refiere al estado actual del debate español sobre el derecho a una buena administración en ese ordenamiento jurídico. Si bien hay esfuerzos doctrinales que abogan por la existencia de este derecho, previa labor de sistematización de diversas disposiciones y principios generales y particulares del derecho administrativo chileno (ver Linazaroso Espinoza, 2018b y Linazaroso Espinoza, 2018a), el debate se encuentra aún en una etapa embrionaria. Entonces, la pregunta que podemos formularnos consiste en ¿es suficiente la institucionalidad y normas actuales para defender la existencia del derecho a una buena administración o se justifica el reconocimiento expreso en alguna norma jurídica de importancia político institucional? O más sencillo todavía, ¿si es necesario reflexionar sobre esta materia al interior de la gestión

y función pública? Dicha interrogante adquiere suma relevancia en virtud de todos los fundamentos que hemos expresado en este texto, especialmente lo referido al cambio de paradigma en la disciplina jurídica administrativa y la gestión pública en general, como también por la influencia imperativa que puede ejercer la buena administración y el buen gobierno como insumo para el combate de la mala administración y la corrupción. Pues bien, no es mi intención adscribirme *a priori* sobre una posición u otra —pues este debate desborda el objetivo planteado—, sino que pretendo destacar que la obra jurídica en comento se configura como un importantísimo insumo doctrinal que permite conducir el mencionado debate, por la variedad de temáticas que desarrolla y el enfoque teórico y práctico que plantea, ya sea para defender o controvertir posturas en esta discusión.

Una tercera idea a considerar es la aplicación modulada de obligaciones provenientes del derecho administrativo, en particular, las exigencias de buena administración a aquellos prestadores privados de servicios públicos de carácter sensible, que reemplazan a los organismos públicos en el cumplimiento de diversas funciones, en el marco de los procesos de liberalizaciones y privatizaciones que han sido impulsados por la «nueva gestión pública» u otras corrientes ideológicas sobre la gestión pública. Esta temática ha sido sumamente debatida en nuestra doctrina y jurisprudencia, no obstante lo anterior, en el caso nacional ha primado la consideración de la normativa y criterios del derecho privado —formal— por sobre las actividades sustitutorias de la función pública con un enfoque de derecho público —material—, las que inciden en forma directa en la satisfacción del interés general y de un gran número de derechos fundamentales de las personas, principalmente derechos sociales. En este sentido, el autor afirma la insuficiencia del derecho privado para garantizar todos los derechos implicados en la transferencia de funciones públicas al sector privado.

Por último, esta reseña la escribí antes de los hechos ocurridos a partir del 18 de octubre de 2019, sin embargo, a raíz de todo lo tristemente acontecido en los días posteriores, resulta imprescindible agregar lo siguiente: las reflexiones formuladas en la presente obra del doctor Ponce, particularmente, la implementación de varias de las medidas correspondientes a la infraestructura del buen gobierno y la buena administración, son un importante aporte para enfrentar el gran desafío de mejorar la función pública nacional, sobre todo por los tiempos de incertidumbre que se viven y se vivirán en nuestro país. Pues bien, independiente de las decisiones que se adopten en el ámbito político y público en general, los organismos de la Administración del Estado y el resto de las instituciones del país tendrán un importante rol que cumplir en reparar la fractura social e institucional ocurrida, por lo que el paradigma de la buena administración y buen gobierno, con su estándar de diligencia debida y una actividad administrativa empática orientada a la satisfacción del interés general y al servicio de la persona, pueden ser fundamentales herramientas que permitan canalizar adecuadamente la consecución de dicho objetivo.

Referencias

- **Centro de Estudios Públicos. (2019).** *Estudio nacional de opinión pública N° 83*. Obtenido de https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190612/20190612104953/encuestacep_mayo2019.pdf
- **Innerarity, D. (2018).** *Política para perplejos*. Barcelona: Galaxia Gutemberg.
- **Irujo Amatria, J., & Gil, J. (9 de noviembre de 2017).** Los papeles secretos del mayor escándalo de América. *El País*. Obtenido de https://elpais.com/internacional/2017/11/08/actualidad/1510141304_297529.html
- **Linazaroso Espinoza, I. (2018a).** El derecho a una buena administración pública. Cambios de paradigmas en el derecho administrativo chileno: de las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos. *TransJus Working Papers Publications*, 5, 1-54.
- **Linazaroso Espinoza, I. (2018b).** El derecho a una buena administración pública en Chile. *Revista de Derecho Público*, 88, 93-109.
- **Organization for Economic Cooperation and Development. (2018a).** *OECD Strategic approach to combating corruption and promoting integrity*. Obtenido de <http://www.oecd.org/corruption/OECD-Strategic-Approach-Combating-Corruption-Promoting-Integrity.pdf>
- **Organization for Economic Cooperation and Development. (2018b).** *Integrity for Good Governance in Latin America and the Caribbean. From Commitments to Action*. Obtenido de <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/integrity-for-good-governance-in-latin-am>

