

ano 12 - n. 47 | janeiro/março - 2012
Belo Horizonte | p. 1-272 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Revisão: Lourdes Nascimento

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Patrícia Falcão

Bibliotecários responsáveis: Izabel Antonina A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Lissandra Ruas Lima - CRB 2851 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Capa: Igor Fernandes Jamur Vieira

Projeto gráfico: Virginia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de A Coruña. Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor *honoris causa* por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo Jesús González Pérez. Miembro de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia. Presidente honorario de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Miembro fundador y miembro del Consejo Directivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Resumen: El estudio que aquí se presenta pretende esbozar el contenido jurídico del derecho fundamental a una buena administración en la Constitución Española de 1978 y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con las recientes decisiones de la Corte Suprema del Reino de España sobre la posición jurídica de los ciudadanos en este tema.

Palabras-clave: Derecho fundamental. Buena administración. Buen gobierno. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sumario: I Introducción – II Interés general y buena administración – III Estado de bienestar y buena administración – IV Constitución de 1978 y buena administración – V El derecho a la buena administración en la carta de derechos fundamentales de la unión europea – Bibliografía

I Introducción

El Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho es un Derecho del poder público para la libertad solidaria, un Ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas han de estar, como bien sabemos, orientadas al servicio objetivo del interés general, tal y como proclama solemnemente el artículo 103 de la Constitución española de 1978. Atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o el poder como esquemas unitarios desde los que plantear el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo.

En este tiempo en que nos ha tocado vivir, toda la construcción ideológico-intelectual montada a partir del privilegio o la prerrogativa va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica, más humana también, desde la que el Derecho Administrativo adquiere un compromiso especial con la mejora de las condiciones de vida de la población a partir de las distintas técnicas e instituciones que componen esta rama del Derecho Público.

El lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad o del privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa por derecho propio la persona, e ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales, también obviamente en el Derecho Administrativo. En efecto, la a consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución europea (artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le prescribía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de dominación en que se constituyó tantas veces el Estado. El problema, como veremos en estas apretadas líneas, reside en intentar construir una concepción más justa y humana del poder, que cómo consecuencia del derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, se erijan en instrumentos idóneos al servicio objetivo del interés general, tal y como establece categóricamente el artículo 103 de la Constitución española.

La perspectiva abierta y dinámica del poder, ordenado a la realización de la justicia, a dar a cada uno lo suyo, lo que se merece, ayuda sobremanera a entender que el principal atributo del gobierno y la administración pública sea, en efecto, un elemento esencial en orden a que la dirección de la cosa pública atienda preferentemente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto, entendido como la generalidad de los ciudadanos.

El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración sino que ahora, en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, debe determinarse, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales. En efecto, el interés general, que es el interés de toda la sociedad, de todos los integrantes de la sociedad, ya no es asumido completamente por el poder público, ya no puede ser objeto de definición unilateral por la Administración. Ahora, como consecuencia de la proyección de la directriz participación, el interés general ha de abrirse a la pluralidad de manera que el espacio público pueda ser administrado y gestionado teniendo presente la multiforme y variada conformación social. El problema es que todavía, al menos por estos lares, la ciudadanía vive un tanto temerosa de la política porque aún no ha caído en la cuenta de que el titular, el propietario de la política y sus instituciones es el pueblo soberano. Y, por otra parte, los políticos todavía no aciertan a comprender que los poderes que gestionan son del pueblo y que su función es administrar esos poderes al servicio objetivo de todos dando cuentas permanentemente de cómo gestionan esos poderes que se les son entregados por el pueblo soberano.

El Derecho Administrativo, tal y como ha sido concebido por un jurista malagueño de pro como es el profesor Francisco González Navarro, es el Derecho del poder público para la libertad ciudadana. Es decir, la Administración pública del Estado social y democrático de de Derecho ha de promover las condiciones que hagan posible que las libertades de los ciudadanos sean reales y efectivas superando cualquier obstáculo o impedimento que impida su

despliegue solidario tal y como manda la Constitución de 1978 en su artículo 9.2 a los poderes públicos. En este contexto, el ciudadano, que ocupa un lugar estelar en la acción administrativa, tiene un elemental derecho a que la Administración, como proclama la Constitución de 1978 en su artículo 103, sirva con objetividad el interés general. En esta idea de servicio objetivo encontramos un presupuesto claro de la obligación de la Administración de administrar adecuadamente los asuntos públicos. Obligación de la Administración de la que se desprende, como corolario necesario, el derecho fundamental de la persona a que el quehacer de las Administraciones públicas se realice en el marco del servicio objetivo al interés general.

Tratar sobre buena administración constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos, y correspondientes cualidades democráticas, que son exigibles a quien ejerce el poder en la Administración pública a partir de la noción constitucional de servicio objetivo al interés general. Poder que debe ser abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible.

El nuevo Derecho Administrativo, que parte de la idea de servicio objetivo al interés general como suprema tarea encargada a la Administración pública, incorpora una nueva visión del sentido de las instituciones, categorías e instituciones de nuestra disciplina. Por ejemplo, los dogmas de la ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa han de ser replanteados desde la luz que proyecta el principio, y derecho fundamental de la persona, de la tutela judicial afectiva. Los poderes, denominados por el legislador, privilegios y prerrogativas de la Administración en materia de contratos públicos, han de ser operados exclusivamente cuando así lo requiera el servicio objetivo al interés general. Es decir, en los casos en los que sea menester ejercer la potestad de modificar los contratos, será necesaria una previa declaración motivada, argumentada, de la propia Administración explicando las razones que aconsejan en el caso concreto tal poder. Motivación que puede ser objeto de impugnación o de paralización cautelar. Ahora la Administración no dispone de una posición de supremacía por definición que le permite operar en un mundo de exorbitancia. Ahora los poderes han de estar previstos expresamente, ya no hay poderes implícitos. Esto como regla general, lo que no excluye que pueda haber algún supuesto, más motivado cuanto mayor sea la discrecionalidad, en el sea necesario para asegurar el servicio objetivo al interés general el ejercicio, motivado y justificado, de una determinada potestad.

En realidad, el nuevo Derecho Administrativo nos plantea una nueva funcionalidad de la institución de la motivación, que ahora tendrá una mayor relevancia, especialmente cuando de acudir a las cláusulas exorbitantes se trate. La razón de esta nueva manera de contemplar el Derecho Administrativo se encuentra en la centralidad de la persona y en su derecho fundamental a una buena Administración. Concepto que para nosotros, en nuestro Derecho, podría resumirse diciendo que la buena Administración es aquella que actúa en todo caso al servicio objetivo del interés general.

Tratar sobre el derecho fundamental de la persona a una buena administración significa plantear la cuestión desde la perspectiva del ciudadano: el Derecho Administrativo considerado desde la posición central del ciudadano. Este punto de vista ha sido tradicionalmente superado por la concentración de aproximaciones y dimensiones sobre la propia Administración pública de carácter cerrado, endogámico o inmanente, cómo se prefiera denominar, todavía bien presentes en el panorama académico. La explicación no es compleja porque hasta hace poco tiempo, relativamente, la centralidad en los estudios y comentarios sobre la función de la Administración pública se centraba en exceso en la propia organización administrativa, que se analizaba hasta la saciedad desde diferentes ángulos, olvidándose, esto es lo sorprendente, del destinatario natural y propio de las políticas públicas, de los poderes públicos: la ciudadanía. Por qué o cómo haya acontecido esta situación en el tiempo no es materia para este breve comentario. Ahora sólo me interesa constatar que así ha sido durante muchos años y que, afortunadamente, en nuestro tiempo ha cobrado espacial fuerza e intensidad la consideración central del ciudadano y la perspectiva instrumental de la administración pública como organización pública de servicio objetivo a los intereses generales en la que se incardina, como correlato de esta obligación administrativa de naturaleza constitucional, el derecho fundamental a la buena Administración pública.

En la medida en que la Administración se contempla, en efecto, como la institución por excelencia al servicio objetivo de los intereses generales y éstos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin en sí mismo y recupera su conciencia de institución de servicio esencial a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender el carácter capital que tiene el derecho ciudadano a una buena administración pública. Derecho que supone, insisto, como corolario necesario, la obligación de la Administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y

características concretas y determinadas que se expresan constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general.

El Derecho Administrativo, tal y cómo se nos presenta en la cotidianeidad en nuestros países, es, lo sabemos bien, un producto cultural que hunde sus raíces en la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder, que trae causa de aquel magnífico compromiso con la libertad, la igualdad y la fraternidad de los seres humanos que fue la revolución francesa. En efecto, el Derecho Administrativo, tal y como lo conocemos hoy, es una respuesta comprometida a la necesidad de objetivar el poder público, antaño, en el Antiguo Régimen, expuesto al capricho y a la pura voluntad de mando del Soberano. Derecho Administrativo, sin embargo, ha habido siempre porque siempre ha existido la necesidad de organizar según el Derecho los intereses colectivos, unas veces con más acierto que otras.

Pues bien, hoy, en los albores de un nuevo siglo del que tanto se espera en tantos sentidos, el Derecho Administrativo adquiere una gran relevancia pues asistimos al intento, desesperado a veces, del fundamentalismo económico, o de la lógica del poder por el poder, por arrumbar, por abatir las más nobles aspiraciones de justicia a favor del beneficio empresarial, el dominio político o la utilidad, que son hoy los nuevos ídolos ante los que legiones de seres humanos hincan sus rodillas en señal de veneración. Pues bien, frente a este intento de teñir el interés general bajo consideraciones parciales, se levanta hoy el nuevo Derecho Administrativo como un dique de contención frente a tanto atentado contra el bienestar general e integral del pueblo como se perpetra a diario en nombre de un pensamiento único que desdice de la esencia, de la naturaleza, del alma de un Ordenamiento jurídico construido para que el poder público actúe a través de la senda del derecho consciente de su función de servicio objetivo al interés general.

Desde este punto de vista destaca la necesaria caracterización constitucional de Derecho Administrativo pues desde este punto de vista encontramos unas sólidas bases que nos permiten pensar con cierto optimismo en la tarea que tiene todavía por delante un sector del Derecho Público que encontró en la lucha contra las inmunidades del poder, como diría García de Enterría, su principal seña de identidad. En este contexto, en este marco de centralidad de la posición jurídica del ciudadano adquiere especial sentido el denominado derecho fundamental a la buena Administración. Derecho que desde la Constitución española, aunque no se reconoce expresamente en el catálogo de derechos fundamentales, puede considerarse una derivación lógica de la tarea

de servicio objetivo que debe caracterizar a la actuación de las Administraciones públicas. Obviamente, las referencias al que denomino Derecho Administrativo Constitucional se harán a partir de la Constitución española. En efecto, la caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo necesarios replanteamientos de dogmas y criterios, que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferente en su configuración, y en su presentación, al del nacimiento del Estado-Providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, a la objetiva o a la mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático o único.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del Derecho Administrativo del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien otro, como también es bien diferente el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto Mayer que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Claro está, cuando me refiero al Estado, me refiero también "mutatis mutandis" a los diferentes Entes territoriales que disponen de autonomía para la gestión de sus intereses propios, porque en España Comunidades Autónomas y Entes locales, cómo ha sancionado el Tribunal Constitucional, disfrutan de naturaleza jurídica estatal en la medida en que son partes integrantes del propio Estado.

II Interés general y buena administración

Como sabemos, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución española de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Marco en el que se comprende mejor el alcance del hoy denominado derecho fundamental a la buena Administración pública. Quizás, la perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente, la burguesía, que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy quizás no sea compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quienes la componen, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su "status quo", deben estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional, el Derecho Administrativo en cuanto iluminado por el derecho fundamental de la persona a la buena Administración pública, plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés general que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy que encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución "in toto" de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de

alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, como se comentará más adelante, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad a la que ya hemos hecho referencia varias veces a lo largo de estas páginas.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todas aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen ya con una Administración que trabaja sólo desde la unilateralidad.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía — finales del siglo XVIII — que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución: “sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional español en la citada ya sentencia de 7 de febrero de 1984, tan célebre cómo aislada, a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de

echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

La participación de los ciudadanos en el espacio público está, poco a poco, abriendo nuevos horizontes que permiten, desde la terminación convencional de los procedimientos administrativos, pasando por la presencia ciudadana en la definición de las políticas públicas, llegar a una nueva forma de entender los poderes públicos, que ahora ya no son estrictamente comprensibles desde la unilateralidad, sino desde una pluralidad que permite la incardinación de la realidad social en el ejercicio de las potestades públicas.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, "potestas variandi", potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad, a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático que se agotó en si mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos

desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares. En Brasil, un gran país por tantos conceptos, existe una práctica relevante de participación de la que todos podemos y debemos aprender para que, en efecto, el núcleo central de los intereses generales esté más conectado con las necesidades colectivas de los ciudadanos.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la mejor, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse por interés general, ahora en el marco de un modelo de Estado que la Constitución califica de social y democrático de Derecho. Más que la presencia de una Administración pública, que ciertamente es importante, para mí lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia de un interés general que regular en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general, también para los servicios culturales y sociales, o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucen, por ejemplo, algunas novelas de Pio Baroja sobre la actuación de funcionarios que vejaban y humillaban a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que seguir trabajando para que la ciudadanía pueda afirmar sin titubeos que la Administración ha asumido su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la Administración sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y

libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que se vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor García de Enterría de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo Derecho Administrativo, me atrevería a decir que más relevante que antes, desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo Von Jhering, el gran problema de las reformas administrativas se halla en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de las gentes. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

Efectivamente, la transformación del concepto del servicio público o, si se quiere, su adaptación a los nuevos tiempos, reclama un estudio especial. En efecto, el servicio público, lo sabemos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el

significado mismo de nuestra disciplina. Para Duguit y su escuela de Burdeos, precisamente del "Servicio Público", éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

III Estado de bienestar y buena administración

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la "noción imposible" para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, se puede afirmar que la construcción del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado-Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica autorizatoria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la concesión administrativa como modo indirecto de gestión de los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de

titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de Forsthof todo lo invade y todo lo controla “desde la cuna hasta la tumba”. Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la otrora institución configuradora del orden social, como fue la subvención, debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático al Estado de Bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque se reduce a autocontrol y la conservación del “status quo”.

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del Bienestar el servicio público en sentido técnico-jurídico apenas cuenta mientras que la realidad manifiesta la emergencia de los servicios de interés general, o los servicios de interés económico general y, por ende, se produce una vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con el, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las ciencias sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función. El Estado, a través de la Administración, ha de garantizar los derechos fundamentales. El artículo 53 de la Constitución así lo señala obligando a que el quehacer de que la entera actividad de la Administración discurra en esta dirección.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado-Sociedad, pierde su sentido jurídico-administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuánto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

En España, esta aproximación propia del tiempo en que vivimos es consecuencia de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre la funcionalidad de la Administración pública y encuentra soporte en lo que Meilán Gil denomina desde hace bastante tiempo Derecho Administrativo Constitucional, que en mi opinión, es el sustrato sobre el que se construye la idea de buena Administración como Administración al servicio objetivo del interés general.

IV Constitución de 1978 y buena administración

¿Cuáles serán, entonces, las bases constitucionales de este nuevo Derecho Administrativo? En mi opinión, como ya hemos señalado con anterioridad, la Constitución de 1978 nos ofrece presupuestos más que suficientes para edificar el moderno Derecho Administrativo.

El artículo 9.2 plantea lo que se ha denominado la función promocional de los Poderes públicos en la medida en que su papel constitucional reside precisamente en promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran y, sobre todo, en remover los obstáculos que se opongan a esta tarea. Aquí nos encontramos, con toda claridad, con la función constitucional por antonomasia de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho en nuestro tiempo que es la de garantizar el ejercicio de todos los derechos por todos los ciudadanos, con especial referencia a los más necesitados.

En el artículo 10.1, bien lo sabemos, la Constitución proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo meridianamente hacia donde se orienta el interés general en el Estado social y democrático de Derecho.

El artículo 24.1, por su parte, proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y

repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del Derecho Administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente replanteados.

También encontramos un vector constitucional relevante en el artículo 31.2 cuando caracteriza el gasto público en un contexto de equidad, eficiencia y economía, planteando que la acción administrativa en el Estado social es limitada y debe producirse en un contexto de austeridad porque el presupuesto público no es de propiedad de la Administración, sino de los ciudadanos y, los funcionarios, no son ni más ni menos que agentes de intereses públicos.

Y, finalmente, el artículo 103.1, que es el precepto cabecera de la opción constitucional en esta materia. Vale la pena, siquiera sea brevemente, una muy breve glosa. Pues bien, el precepto en cuestión dice, en su párrafo primero:

La Administración pública sirve con objetividad, los intereses generales (...) y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

En primer lugar, debe subrayarse de nuevo la naturaleza instrumental de la Administración pues la utilización del término “sirve” alimenta esta explicación sin mayores dificultades. En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración pública es una persona jurídico-pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. Ciertamente, se pudo haber elegido algún otro término que también encajase en la Administración en relación con el interés general: representar, defender, gestionar..., pero la realidad es que se quiso deliberadamente configurar la Administración pública desde este punto de vista.

En segundo lugar, merece la pena llamar la atención sobre la manera en que la Administración debe llevar a efecto su esencial función de servicio al interés general. Esto es, el servicio habrá de ser objetivo. Es decir, la Administración pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio de publicidad y concurrencia, y, en materia de personal, de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad. Se trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración pública, sea en sus actuaciones directas o a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda.

En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: “servicio objetivo al interés general”, que, aplicado al

Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 103.1 de la Constitución de 1978 se refiere a la Administración pública en singular, por lo que debe entenderse que el sistema que diseña debe predicarse tanto de la Administración del Estado, como de la Administración autonómica, provincial o local.

Y, finalmente, el precepto alude a que la Administración pública actúa con "sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Ordinariamente, será el Derecho Administrativo su matriz normativa de referencia pero, en ocasiones, el aparato público actuará sujeto al Derecho Privado. Ahora bien, en estos casos en que su Derecho regulador es el privado, en modo alguno significa, solo faltaría, que se quedaran al margen los criterios esenciales de la actuación administrativa. En otras palabras, la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen siempre que estemos en presencia de fondos públicos.

V El derecho a la buena administración en la carta de derechos fundamentales de la unión europea

Estas consideraciones constitucionales pienso que van a permitirnos entender mejor el sentido que para nosotros puede tener esa expresión de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de derecho fundamental a la buena Administración, recogida ya, por cierto, en los catálogos de derechos establecidos en las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía de este tiempo.

¿Es previo este derecho a la buena Administración pública, o es corolario necesario de la necesidad de que los asuntos comunes, colectivos, deban ser atendidos de determinada manera? Esta es una cuestión relevante, porque de su contestación se deducirá la naturaleza y el sentido de la función de la administración pública. Existen instituciones públicas porque, con antelación, existen intereses comunes que atender convenientemente. Y existen intereses comunes, sanidad, educación, porque las personas en conjunto, e individualmente consideradas, precisan de ellos. Por tanto, es la persona y sus necesidades colectivas quienes explican la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de esos intereses comunitarios de forma y manera que su gestión y dirección se realicen al servicio

del bienestar general, integral, de todos, no de una parte, por importante y relevante que esta sea.

La buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de buen gobierno o buena administración, a los que sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes comicios electorales.

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental. ¿Por qué se proclama como derecho fundamental por la Unión Europea?. Por una gran razón que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianidad. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de dónde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la Administración pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés general. Así las cosas, si consideramos que el ciudadano ha dejado ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho.

En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice de manera acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones.

A continuación, voy a reflexionar sobre dos dimensiones de la buena administración que me parecen básicas: la apertura a la realidad y la cuestión de la caracterización de las políticas públicas. Finalmente, se comentará brevemente el sentido del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, asumida en el propio proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en el artículo II-101.

Desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, podríamos decir que la apertura a la realidad, la aproximación abierta y franca a las condiciones objetivas de cada situación, y la apertura a la experiencia son componentes esenciales, actitudes básicas del talante ético desde el que deben construirse las nuevas políticas públicas. En ellas se funda la disposición permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más en el fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción pública. Por ella, la técnica británica de las "políticas públicas a prueba" es sumamente interesante. La buena administración, el buen gobierno, como anteriormente se ha comentado, tienen una deuda pendiente con la realidad, pues sólo desde ella se puede mejorar el presente para construir un mejor futuro.

El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder. Que el poder se use de manera abierta, plural, social, equilibrada y humana es algo que se debe considerar el solar de racionalidad desde el que proyectar las diferentes formas de gobernar y administrar a partir de las distintas opciones políticas. Algo que en el tiempo que vivimos no es fácil ni sencillo por la sencilla razón de que el ansia de poder, de dinero y de notoriedad ciegan de tal manera a nuestros gobernantes y administradores que les impide ver con claridad las necesidades colectivas, reales de los ciudadanos. De igual manera, existe otra causa que dificulta comprender en su complejidad y pluralidad la realidad que se cifra en la obsesión ideológica. Planteamiento que excluye del espacio de la deliberación pública y, por ende del interés público, a quienes no se identifican con los proyectos políticos de quien gobierna o administra la cosa pública.

Una consideración que me parece que puede ayudar a entender mejor el alcance y la funcionalidad de este derecho fundamental se refiere a la estrecha vinculación existente entre el interés general, fundamento de la Administración pública, y los derechos ciudadanos. En efecto, si atendemos a versiones cerradas y unilaterales del interés público, entonces desde el poder no se contemplará

la centralidad de los derechos de los administrados. Todo lo más, se pensará, desde esta perspectiva, que los ciudadanos no son más que destinatarios de políticas públicas de salvación que proceden del monopolio del lo bueno y benéfico que es la propia institución gubernamental o administrativa. Sin embargo, cómo hemos apuntado con anterioridad, el interés general en el Estado social y democrático de Derecho aparece fuertemente conectado al fomento, a la generación de las mejores condiciones posibles que permitan el desarrollo en libertad solidaria de las personas y de los grupos en que se integran removiendo cualesquiera obstáculos que impidan su realización efectiva.

Desde el punto de vista normativo, es menester reconocer que la existencia positiva de este derecho fundamental a la buena administración parte de la Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980 relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas así como de de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Entre el Consejo de Europa y la Jurisprudencia comunitaria, desde 1980, se fue construyendo, poco a poco, el derecho a la buena administración, derecho que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de diciembre de 2000 recogería en el artículo 41 que, como es sabido, aunque no se integró directamente en los Tratados, se ha incorporado en bloque al proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en su artículo II-101, proyecto que esperemos, con los cambios que sean necesarios, algún día vea la luz.

Antes del comentario de este precepto, me parece pertinente señalar dos elementos de los que trae causa: la discrecionalidad y la jurisprudencia. En efecto, la discrecionalidad, se ha dicho con acierto, es el caballo de Troya del Derecho Público por la sencilla razón de que su uso objetivo nos sitúa al interior del Estado de Derecho y su ejercicio abusivo nos lleva al mundo de la arbitrariedad y del autoritarismo. El ejercicio de la discrecionalidad administrativa en armonía con los principios de Derecho es muy importante. Tanto como que un ejercicio destemplado, al margen de la motivación que le es inherente, deviene en abuso de poder, en arbitrariedad. Y, la arbitrariedad es la ausencia del derecho, la anulación de los derechos ciudadanos en relación con la Administración.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que normalmente los conceptos de elaboración jurisprudencial son conceptos contruidos desde la realidad, algo que es en sí mismo relevante y que permite

construir un nuevo derecho fundamental con la garantía del apoyo de la ciencia que estudia la solución justa a las controversias jurídicas.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más consciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

Pues bien, dicho precepto dispone:

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 su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente.
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a 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”.

Una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración. La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en mi opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado

y solidario de su personalidad en libertad porque la razón y el sentido de la Administración en la democracia reside en un disposición al servicio objetivo al pueblo. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los Tribunales reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho. Parámetros que en el precepto son claros.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas — equitativas — y, finalmente, y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver. En mi opinión, la referencia a la equidad como característica de las decisiones administrativas comunitarias no debe pasar por alto. Porque no es frecuente encontrar esta construcción en el Derecho Administrativo de los Estados miembros y porque, en efecto, la justicia constituye, a la hora del ejercicio del poder público, cualquiera que sea la institución pública en la que nos encontremos, la principal garantía de acierto. Por una razón, porque cuándo se decide lo relevante es dar cada uno lo suyo, lo que se merece, lo que le corresponde.

La referencia la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste es un elemento esencial que el Derecho comunitario destaca suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada.

En este sentido, el Tribunal Supremo del reino de España, en una sentencia de 3 de diciembre de 2009, se pronuncia acerca de la razonabilidad del plazo. En concreto, se plantea si los intereses de demora son exigibles por un plazo de tiempo cuando la Administración estuvo paralizada más allá de lo razonable. En concreto, esta cuestión el Tribunal Supremo la conecta, como es lógico, con el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y señala que tal exigencia de intereses por demora es improcedente cuando el retraso haya sido causado por la propia Administración. En el mismo sentido, otra sentencia del Tribunal Supremo español, en este caso de 28 de junio de 2010, entiende que “razones e justicia material nos llevan a considerar

inexigibles los intereses de demora en los casos en los que el Tribunal Administrativo no haya resuelto el recurso interpuesto en el plazo legalmente establecido. Hay que procurar una interpretación del ordenamiento jurídico tributario que tenga en cuenta el sentido finalista y marcadamente evolutivo del régimen fiscal (sentencia del Tribunal Constitucional 137/2003). No es dable olvidar el principio constitucional de eficacia administrativa, que se inspira en la indispensable diligencia que debe presidir en la gestión de los intereses generales en su justo equilibrio con los derechos constitucionales de los administrados. El artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza el 10 de diciembre de 2000, desarrolla el derecho de los ciudadanos a tener una buena Administración que trate sus asuntos de forma imparcial, equitativa y dentro de un plazo razonable. La eficacia interpretativa del citado precepto está fuera de toda duda (ex artículo 10.2 de la Constitución)”.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos.

El primero se refiere al derecho a que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos de limitación de derechos. Es, por ello, un componente del derecho a la buena administración que el Derecho Comunitario toma del Derecho Administrativo Interno. No merece más comentarios.

El segundo derecho derivado de este derecho fundamental a la buena administración se refiere, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, se refiere al 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. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales. En el Derecho Administrativo Español, por ejemplo, este derecho al acceso al expediente está recogido dentro

del catálogo de derechos que establece el artículo 35 de la ley del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Se trata, de un derecho fundamental lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena administración es, para mí, el más importante: el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiera a todas las resoluciones europeas sin excepción. Me parece un gran acierto la letra y el espíritu de este precepto. Sobre todo porque una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrariedad. Por eso todas las manifestaciones del poder debieran, como regla motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos.

Afortunadamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo del reino de España ya ha aceptado que la motivación de la actuación administrativa es una manifestación concreta del derecho fundamental a la buena Administración pública consagrado en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales. Efectivamente, una sentencia de 19 de noviembre de 2008 señala que “la exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el artículo 54 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, teniendo por finalidad la del que el interesado conozca los motivos que conducen

a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución española y que, también desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no solo por el artículo 24.2 de la propia Constitución, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión 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 el mismo sentido, la sentencia, también del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 2009, aunque con especial referencia a la motivación de las sentencias judiciales.

En una sentencia más reciente, de 15 de octubre de 2010, el Tribunal Supremo precisa el alcance de la motivación que exige nuestra Constitución señalando que tal operación jurídica "se traduce en la exigencia de que los actos administrativos contengan una referencia específica y concreta de los hechos y los fundamentos de derecho que para el órgano administrativo que dicta la resolución han sido relevantes, que permita reconocer al administrado la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitando el control judicial por los tribunales de lo contencioso administrativo". Además, tal obligación de la Administración "se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, que ha logrado refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".

En el apartado tercero del precepto se reconoce el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la actuación u omisión de las instituciones comunitarias de acuerdo con los principios comunes generales a los Derechos de los Estados miembros. La obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración está, pues, recogida en la Carta. Lógicamente, el correlato es el derecho a la consiguiente reparación cuándo las instituciones comunitarias incurran en responsabilidad.

La peculiaridad del reconocimiento de este derecho, también fundamental, derivado del fundamental a la buena administración, reside en que, por lo que se vislumbra, el régimen de funcionalidad de este derecho se establecerá desde los principios generales de la responsabilidad administrativa en Derecho Comunitario.

La cuestión del derecho a la indemnización cuando el Estado, como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, haya provocado daños a los ciudadanos es, desde luego, un tema polémico que merece un comentario un poco más extenso porque, en realidad, una Administración que debe indemnizar con cantidades millonarias es una mala Administración por causar con frecuencia daños a los ciudadanos, por mucho que esté reconocido el derecho a la justa indemnización. Es mejor Administración aquella que indemniza menos porque ocasiona menos daños a los ciudadanos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en general.

El tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es, efectivamente, uno de los temas centrales del Derecho Público. Se trata de una cuestión clásica en los programas académicos de nuestra disciplina siempre presente en la medida en que el principio de la reparación de los daños ocasionados a los particulares en sus bienes o derechos por el funcionamiento de los servicios públicos constituye uno de los principios generales del moderno Derecho Administrativo Constitucional. Un principio general que lo es del Derecho, tanto en su dimensión privada como pública. Quien causa un daño, sea quien sea, una persona jurídica privada o una persona jurídica pública, está obligado a reparar el daño causado.

Desde otro punto de vista, puede decirse también que la cuestión de la responsabilidad extracontractual, patrimonial, de la Administración pública es un tema que aunque la ley positiva ha resuelto hace algún tiempo en España, la contemplación de la realidad y, sobre todo, el sentido de la justicia y el entendimiento del interés general en el Estado social y democrático de Derecho, demandan nuevos enfoques, nuevos planteamientos.

En efecto, la responsabilidad objetiva de la Administración pública, tal y como está configurada en nuestro Derecho desde hace largas décadas es una cuestión de palpitante y rabiosa actualidad en la medida en que las reclamaciones de daños ocasionados por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos supusieron, de acuerdo, por ejemplo, con la memoria del Consejo de Estado de 2002, la nada desdeñable suma de 200 millones de euros, estimándose el 10 % de las demandas presentadas frente al Estado por

este título. Es, desde luego, una cantidad de dinero muy alta que debiera hacer pensar también hasta que punto, con qué alcance el Estado debe ofrecer una cobertura universal a todos cuantos riesgos, sociales, de una u otra forma, tengan alguna relación con actividades más o menos vinculadas al interés general. Es una cuestión delicada que puede analizarse desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario en materia de responsabilidad extracontractual. Por una razón poderosa: porque el sistema de responsabilidad universal, objetiva y directa no es real. Más bien, el sistema español, aunque objetivo en su formulación, no lo es tanto en su aplicación, pues como señala el profesor Moreno Molina, la jurisprudencia nos ofrece ribetes culpabilísticos que no son más que la constatación de la proyección del modelo a la realidad.

Nos encontramos, pues, ante una cuestión de gran trascendencia, donde se ventilan intereses económicos cuantiosos que los juristas tenemos que analizar y estudiar con detenimiento porque mantener, contra viento y marea, como dogma el principio objetivo, directo y universal de la responsabilidad de la Administración pública tal y como está planteado en nuestro Derecho a partir de la Ley de expropiación forzosa de la década de los sesenta del siglo pasado sin variaciones, entraña problemas de entendimiento con los postulados del nuevo Derecho Administrativo que ha alumbrado la Constitución de 1978 entre nosotros. En este sentido, pienso que el Estado social y democrático de Derecho no se compadece con este super-blindaje que tienen los funcionarios frente a los ciudadanos como consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva y universal de la Administración pública. Insisto, es verdad, sólo faltaría, que los ciudadanos tienen derecho a ser resarcidos de los daños que les produzcan, en sus bienes o derechos, las Administraciones públicas con su actuación, su omisión, su inactividad o a través de las vías de hecho, pero también ha de tenerse en cuenta que un régimen general de anonimato propicia y hace posible una cierta irresponsabilidad en la tarea de quienes componen las estructuras de la Administración que son los agentes, los funcionarios, los empleados públicos que en ella laboran.

Es decir, las actuaciones de la Administración pública, en uno u otro sentido, son realizadas por funcionarios concretos, con nombre y apellido, cada uno en función de la posición jurídica que tengan concretada en su relación de puestos de trabajo, en su catálogo o en estructura básica del organismo público de que se trate. En efecto, cuando se lesiona un derecho o un bien de un ciudadano desde la Administración pública, es siempre consecuencia de que

alguien, alguna persona o algunas personas del entramado administrativo, con su actuación, inactividad, omisión o vía de hecho provocan el daño al particular. Por tanto, ya que estamos en un momento en el que, desde muchos puntos de vista, la reflexión sobre la libertad y la correlativa la responsabilidad personal parece que no están demasiado de moda, es pertinente afirmar que la libertad y la responsabilidad son dos caras de la misma moneda. Como decían los clásicos: "máxima libertad", por supuesto, pero también "máxima responsabilidad". No contemplar la posición de la Administración y centrar la cuestión en la dimensión del patrimonio de una persona que no tiene, por supuesto, la obligación de soportar un daño infringido por la Administración debe ser complementada con la consideración de mejorar el funcionamiento de la Administración pública.

En este sentido, se puede afirmar como criterio general, que el principio de la Ley de expropiación forzosa establecido en el año 1.954, no es ya en el año 2.004 un principio razonable; más bien necesita ser repensado y replanteado de acuerdo con el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

El sistema actual reclama reformas, también si contemplamos este problema desde el Derecho de la Unión Europea. En efecto, el artículo 41.3 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales parece reclamar un derecho común europeo sobre responsabilidad pública que a día de hoy, si contemplamos el derecho español, italiano, francés o alemán, se antoja una tarea relevante aunque bien compleja. Como es sabido, el sistema objetivo, directo y universal que tenemos en España desde hace varias décadas no coincide, en modo alguno, con los sistemas de Alemania, Francia o Italia, instalados sobre otros postulados más en consonancia con la idea aquiliana de la responsabilidad.

En concreto, el artículo 41.3 de la Carta dispone, como ya hemos indicado, que:

Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

El precepto plantea, ciertamente, la construcción de un derecho común de la responsabilidad administrativa de aplicación a todos los países miembros de la Unión Europea. La tarea, desde luego urgente y necesaria, va

a suponer necesariamente una modulación de nuestro modelo para adaptarlo a la realidad, a una perspectiva más abierta e integral del alcance y significado del derecho del ciudadano a ser resarcido de los daños que le cause el funcionamiento de las instituciones públicas o la propia actuación, en uno u otro sentido, de los propios servidores públicos.

El apartado cuarto del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que 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 lengua.

Por su parte, la jurisprudencia ha ido, a golpe de sentencia, delineando y configurando con mayor nitidez el contenido de este derecho fundamental a la buena administración atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea.

Debe tenerse presente, también, que el artículo 41 del denominado Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 1995 es el antecedente del ya comentado artículo 41 de la carta de los Derechos Fundamentales. Es más, se trata de una fiel reproducción.

Una cuestión central en la materia es la referente a la autoridad que ha de investigar las denuncias de mala administración de las instituciones europeas. Pues bien, de acuerdo con el artículo 195 del Tratado de Roma y del Estatuto del Defensor del Pueblo, resulta que esta tarea es de competencia del propio Defensor del Pueblo. Una definición de mala administración nos la ofrece el informe del Defensor del año 1997: "se produce mala administración cuándo un organismo no obra de acuerdo con las normas o principios a los que debe estar sujeto".

Definición que es demasiado general e imprecisa, por lo que habrá de estarse a los parámetros jurídicos señalados en el artículo 41 de la Carta, de manera que habrá de observarse, además de la lesión de las normas del servicio de los principios generales que presiden la actividad de las instituciones públicas, sí efectivamente se contraviene la equidad, la imparcialidad, la racionalidad en los plazos, la contradicción, la motivación, la reparación o el uso de las lenguas oficiales.

Lorenzo Membiela ha recopilado en un trabajo recientemente publicado en *Actualidad Administrativa*, en el número 4 de 2007, algunas de las sentencias más relevantes en la materia, bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bien del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien del

Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Evidentemente, la jurisprudencia ha ido decantando el contenido y funcionalidad del llamado principio a una buena Administración, principio del que más adelante se derivaría, cómo su corolario necesario, el derecho fundamental a la buena administración. Por ejemplo, en el 2005, el 20 de septiembre encontramos una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se afirma que en virtud del principio a la buena administración el traslado de funcionarios de un municipio a otro debe estar justificado por las necesidades del servicio.

Una sentencia de 24 de mayo de 2005, también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señaló, en materia de justicia, que el principio de la buena administración consagra la celeridad en los procesos judiciales. Expresión del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones administrativas lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1997, en cuya virtud cualquier restricción de los derechos de defensa debe estar convenientemente motivada. También es consecuencia de la buena administración pública la resolución en plazo razonable de los asuntos públicos, de manera que cómo dispone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1995, "la inactividad de la Administración más allá de los plazos establecidos en las normas constituye una lesión al principio de la buena administración pública". Igualmente, por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de marzo de 2005 es consecuencia del principio de la buena administración, la óptima gestión de los organismos administrativos, lo que incluye, es claro, el respeto a los plazos establecidos y al principio de confianza legítima, en virtud del cual la Administración pública, merced al principio de continuidad y a que no puede separarse del criterio mantenido en el pasado salvo que lo argumente en razones de interés general.

Es también una consecuencia del principio de la buena administración, dice el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 27 de febrero de 2003, que la Administración ha de facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante en el procedimiento administrativo. Una sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 10 de junio de 2004 señala, en este sentido, que el principio de la buena Administración comprende el derecho de defensa, la seguridad jurídica y la proscripción de incoación del procedimiento disciplinario de maneja excesivamente extemporánea y adoptar una sanción disciplinaria sin esperar a la resolución firme del órgano jurisdiccional penal.

En materia de Derecho Sancionador Disciplinario, el derecho a una buena Administración, en opinión de Membiela, obliga a que la propia Administración pública a una agilidad procedimental en la investigación de presuntas irregularidades disciplinarias, violando dicho principio actuaciones disciplinarias dilatas en el tiempo que causan daño moral. En este sentido, una sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 10 de junio de 2004 ha sentado que el conjunto de circunstancias que provocaron al demandante un menos cabo de su reputación y perturbaciones en su vida privada y le mantuvieron en una situación de incertidumbre prolongada constituyen un daño moral que debe ser reparado.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 13 de marzo de 2003 recuerda una reiterada jurisprudencia comunitaria en cuya virtud existe un principio general, basado en las exigencias de la seguridad jurídica y la buena administración, que obliga a la Administración pública a ejercer sus facultades dentro de determinados límites temporales, precisamente en aras de la protección de la confianza legítima que en ella depositan los administrados.

Es exigencia también de la buena Administración, como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003, facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante de un procedimiento. Ocultar informaciones que obren en poder de la Administración durante el curso de un determinado procedimiento lesiona gravemente este derecho fundamental y, además, puede ser también una actuación constitutiva de ilícito administrativo y penal. Igualmente, una manifestación de buena Administración en materia disciplinaria, tal y como señala una sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 6 de julio de 2000, es tratar con dignidad respetando la reputación de los interesados mientras no hayan sido condenados.

En fin, el reconocimiento a nivel europeo del derecho fundamental a la buena administración constituye, además, un permanente recordatorio a las Administraciones pública, de que su actuación ha de realizarse con arreglo a unos determinados cánones o estándares que tienen como elemento medular la posición central del ciudadanos. Posición central del ciudadanos que ayudará a ir eliminando de la praxis administrativas toda esa panoplia de vicios y disfunciones que conforman la llamada mala administración.

La centralidad de los ciudadanos en el sistema del Derecho Administrativo ha permitido que en la Unión Europea, la Carta Europea de los Derechos

Fundamentales haya reconocido el derecho fundamental de los ciudadanos europeos a la buena Administración pública, concretado en una determinada manera de administrar lo público caracterizada por la equidad, la objetividad y los plazos razonables. En este marco, en el seno del procedimiento, y con carácter general, la proyección de este derecho ciudadano básico, de naturaleza fundamental, supone la existencia de un elenco de principios generales y de un repertorio de derechos ciudadanos que en el procedimiento administrativo adquieren una relevancia singular. Estos derechos componen, junto con las consiguientes obligaciones, el estatuto jurídico del ciudadano ante la Administración pública.

En el marco del respeto al Ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración pública sirve con objetividad al interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los siguientes principios, que son corolarios del derecho fundamental a la buena Administración pública:

1. **Principio de juridicidad**, en cuya virtud toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado.
2. **Principio de servicio objetivo a los ciudadanos**, que se proyecta a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes y que se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.
3. **Principio promocional**, expresado en la creación de las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivos, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando igualmente la participación.
4. **Principio de racionalidad**, que se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa.
5. **Principio de igualdad de trato**, por el que los ciudadanos que se encuentren en la misma situación serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato, prohibiéndose expresamente toda discriminación injustificada hacia los ciudadanos.
6. **Principio de eficacia**, en cuya virtud las actuaciones administrativas se realizarán en el marco de los objetivos establecidos en cada

Ente público. Especialmente las autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán el silencio administrativo, las dilaciones y los retardos.

7. **Principio de publicidad de las normas**, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones acreditadas de confidencialidad o interés general sea pertinente en cada caso, en los procedimientos para el dictado de actos administrativos. En especial, las autoridades darán a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, aún sin mediar petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información.
8. **Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa**, por los cuales la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas.
9. **Principio de proporcionalidad**: las decisiones administrativas serán proporcionadas al fin previsto en el Ordenamiento jurídico, se dictarán en un marco de justo equilibrio entre el interés general y el interés particular y se evitará limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido.
10. **Principio de ejercicio normativo del poder**, en cuya virtud los poderes se ejercerán, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, evitándose especialmente el abuso de poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.
11. **Principio de imparcialidad e independencia**: el personal al servicio de la Administración pública deberá abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo y actuar en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación de dicho personal en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o pueda existir conflicto de intereses.

12. **Principio de relevancia**, en cuya virtud las actuaciones administrativas habrán de adoptarse en función de los aspectos más relevantes, sin que sea posible, como fundamento de la decisión que proceda, valorar únicamente aspectos de escasa consideración.
13. **Principio de coherencia**: las actuaciones administrativas serán congruentes con la práctica y los antecedentes administrativos salvo que por las razones que se expliciten por escrito sea pertinente en algún caso apartarse de ellos.
14. **O Principio de buena fe**, en cuya virtud las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.
15. **Principio de confianza legítima**, en cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado.
16. **Principio de asesoramiento**: el personal al servicio de la Administración pública deberá asesorar a los ciudadanos sobre la forma de presentación de las solicitudes y su tramitación.
17. **Principio de responsabilidad**, por el que la Administración responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general. Las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el Ordenamiento jurídico. Igualmente, la Administración pública rendirá cuentas de sus actuaciones y publicará las evaluaciones de sus unidades.
18. **Principio de facilitación**: los ciudadanos encontrarán siempre en la Administración las mayores facilidades para la tramitación de los asuntos que les afecten, especialmente en lo referente a identificar al funcionario responsable, a obtener copia sellada de las solicitudes, a conocer el estado de tramitación, a enviar, si fuera el caso, el procedimiento al órgano competente, a ser oído y a formular alegaciones o a la referencia a los recursos susceptibles de interposición.
19. **Principio de celeridad**, en cuya virtud las actuaciones administrativas se realizarán optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en plazo razonable que, en todo caso, no podrá superar los dos meses a contar desde la presentación de la

solicitud en cualquier registro público. En especial, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas.

20. **Principio de transparencia y acceso a la información de interés general:** el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración ha de ser accesible a todos los ciudadanos, que pueden conocer la información generada por las Administraciones públicas y las instituciones que realicen funciones de interés general.
21. **Principio de protección de la intimidad,** de forma que el personal al servicio de la Administración pública que maneje datos personales respetará la vida privada y la integridad de las personas, prohibiéndose el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas.
22. **Principio de ética,** en cuya virtud todo el personal al servicio de la Administración pública así como los ciudadanos en general han de actuar con rectitud, lealtad y honestidad.
23. **Principio de debido proceso:** Las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.
24. **Principio de cooperación:** Todos los órganos y entidades administrativos deben prestarse asistencia mutua y respetar el ejercicio de las respectivas competencias.

El derecho general fundamental de los ciudadanos a una buena Administración pública finalmente, se puede concretar, entre otros, en los siguientes derechos subjetivos de orden administrativo:

1. derecho a la motivación de las actuaciones administrativas
2. derecho a la tutela administrativa efectiva
3. derecho a una resolución administrativa en plazo razonable.
4. derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas
5. derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las normas, en los registros físicos o informáticos.
6. derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas.

7. derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración pública
8. derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente
9. derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas
10. derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública
11. derecho a servicios públicos y de interés de general de calidad.
12. derecho a elegir los servicios de interés general de su preferencia
13. derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios de responsabilidad administrativa
14. derecho a conocer las obligaciones y compromisos de los servicios de responsabilidad administrativa.
15. derecho a formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento administrativo
16. derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración
17. derecho a interponer recursos ante la autoridad judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa previa, de acuerdo con lo establecido en las leyes.
18. derecho a conocer las evaluaciones de los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente.
19. derecho de acceso a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que en todo caso habrán de concretar el interés general al caso concreto.
20. derecho a una ordenación racional y eficaz de los archivos públicos
21. derecho de acceso a la información de interés general
22. derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración pública
23. derecho a ser informado y asesorado en asuntos de interés general
24. derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad
25. derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo

26. derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten
27. derecho a ser notificado por escrito o a través de las nuevas tecnologías de las resoluciones que les afecten en el más breve plazo de tiempo posible, que no excederá de los cinco días.
28. derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general
29. derecho a actuar en los procedimientos administrativos a través de representante.
30. derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas.
31. derecho a recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta.

Es decir, el derecho fundamental a la buena Administración pública trae consigo, con todas sus consecuencias, la centralidad de la persona en el régimen jurídico de la Administración pública.

On the Fundamental Right to Governance and Legal Position of Citizens

Abstract: The study presented here aims to outline the juridical content of the fundamental right to good administration in the 1978 Spanish Constitution and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, with the recent decisions of the Supreme Court of the Kingdom of Spain on the juridical position of citizens concerning this topic.

Key words: Fundamental right. Good administration. Good governance. Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Bibliografía

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Madrid: Medina y Navarro Editores, 1873.
- BELL, D. *El advenimiento de la sociedad post-industrial*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- CROZIER, M. *El fenómeno burocrático*. Bilbao: Amorrortu, 1974.

- FORSTHOFF, E. *Problemas actuales del estado social de derecho en Alemania*. Madrid: Centro de Formación de Funcionarios, 1966.
- GALBRAITH, J. *Breve historia de la euforia financiera*. Barcelona: Ariel, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La significación de las libertades públicas para el derecho administrativo. *Anuario de Derechos Humanos*. Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNANDEZ, T. R. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2011.
- GARRIDO FALLA, F. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 2005.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Derecho administrativo español*. Navarra: Eunsa, 1994.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2000.
- HUME, D. *Historia natural de las religiones*. Madrid: Tecnos, 1992.
- JHERING, R. von. *La lucha por el derecho*. Granada: Comares, 2008.
- LLANO, A. *Humanismo cívico*. Barcelona: Ariel, 1999.
- MARTIN-RETORTILLO, L. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*. Madrid: lustel, 2009.
- MAYER, O. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MEMBIELA, L. La buena administración en la administración general del Estado. *Actualidad Administrativa*, n. 4, 2007.
- MIR PUIG-PELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*. Madrid: Civitas, 2002.
- MORENO MOLINA, J. A.; MAGÁN, J. M. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Madrid: El consultor, 2005.
- PANTALEÓN, F. *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración*. Madrid: Civitas, 1995.
- PARADA, R. *Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- PAREJO, L. *Lecciones de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- RIFKIN, J. *La sociedad empática*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2010.
- S. CODERCH, P. *Causalidad y responsabilidad*. In Dret, 01/2000.
- VALERY, P. *Estudios sobre Leonardo da Vinci*. Madrid: Machado Libros, 1987.
- WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.

Recebido em: 03.11.11

Aprovado em: 12.01.12