

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**Buen Gobierno: ¿Un deber de la administración o un derecho
ciudadano?**

Prof. Dr. G.H. Addink

Traducido por Grismi Bravo Arana

Julio, 2009

Décimo Cuaderno de Trabajo del
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“Buen Gobierno: ¿Un deber de la administración o un derecho ciudadano?”

© Henk Addink

© Departamento Académico de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, San Miguel
Lima 32, Perú

Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2009-07494

Impreso en Perú
Julio, 2009

Buen Gobierno: ¿Un deber de la administración o un derecho ciudadano?

*Prof. Dr. G.H. Addink**

Introducción

El tema del discurso de despedida de Berge's ten Gio 'Obligación del ciudadano hacia el gobierno' ¹ ha creado un novedoso tópico en derecho administrativo que había permanecido sin exponerse hasta ahora. Este tema importa pues se refiere a uno de los elementos jurídicos que determina la relación jurídica entre los ciudadanos y el gobierno. Éste también muestra que las relaciones jurídicas relativas al derecho público no son sólo acerca de derechos sino también acerca de obligaciones. Este es un tópico que encaja muy bien en el amplio rango de temas del derecho administrativo que ocupó Gio en el curso del tiempo y que siempre fue cambiando. Inicialmente, también fue el resultado de su tesis, su trabajo enfocado en los aspectos organizacionales del derecho administrativo, pero pronto se expandió el alcance de su trabajo para abordar el amplio campo de la protección del ciudadano frente al gobierno. La introducción del Arob (Ley en la Administración de la Justicia Administrativa con respecto a las Decisiones Administrativas) en 1976 ciertamente contribuyó al desarrollo de este tema, considerando el alto número de publicaciones que el autor escribió acerca del mismo. Dentro del tema de protección jurídica, dedicó especial atención al derecho administrativo en procedimientos y las normas del Ombudsman. Posteriormente, puso atención en asuntos substantivos sobre el derecho administrativo general y en la administración realizada por el gobierno. Sus valiosos y bien organizados escritos en el campo del derecho administrativo aparecen en manuales, como *Bescherming tegen de overheid* ('Protección en contra del gobierno') y *depués Besturen door de overheid*. ('Administración de el gobierno'). Durante los últimos años su atención, como fue evidenciada en sus publicaciones, estuvo concentrada en la definición de las normas del derecho administrativo y luego, en particular, en normas con un carácter fronterizo, tales como la integridad² y la corrupción³. Ambos temas están muy conectados con el tema de su artículo Buen gobierno: ¿un deber para la administración o un derecho ciudadano?

¹ J.B.J.M. ten Berge, *Burgerplichten jegens de overheid. Tussen normaal en abnormaal*. Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

² J.B.J.M. ten Berge, 'Verankering van het integriteitsbeginsel in het bestuursrecht', *NTB* 2006, nr. 7, p. 211- 218.

³ G.H. Addink & J.B.J.M. ten Berge, 'Study on Innovation of Legal Means for Eliminating Corruption in the Public Service in the Netherlands', in: J.H.M. van Erp & L.P.W. van Vliet (eds.), *Netherlands reports to the seventeenth international congress of comparative law*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 379- 419.

1. La dicotomía en derecho administrativo: administración y protección frente al gobierno.

Por mucho tiempo, hemos estado familiarizados con la dicotomía en el derecho administrativo: la administración y protección frente al gobierno. Existe una división de estos dos elementos no una superposición de conceptos y normas. La palabra, que se deriva del griego 'dichotomia' significa separar, también es usada fuera del campo del derecho, tales como la filosofía, sociología y biología. La ciencia médica la usa como una separación que termina en dos partes equivalentes. Esta equivalencia es de importancia en el derecho administrativo. La dualidad está ahí porque a su vez se encuentra presente el carácter equivalente de ambas, logrando un acoplamiento entre la administración y protección frente al gobierno. Otros términos hacen referencia, con mucho mayor énfasis, a la distinción entre el 'dualismo' y la 'ambigüedad'. El elemento de equivalencia no es claramente evidente en estos conceptos y es por ello que preferimos usar la palabra 'dicotomía'.

Existen normas en el derecho administrativo que pueden ser equivalentes pero que tienen un contenido distinto y por tanto su ámbito de aplicación también es diferente. Este tipo de normas son de vital importancia respecto a la relación entre el gobierno y los ciudadanos, a pesar de que no siempre juegan el mismo rol. El ámbito de aplicación de la norma administrativa debe ser distinguido de ella, pero al mismo tiempo, debe ser mirado en relación uno con el otro. Los principios de un buen gobierno, inclusive de los principios de una adecuada administración, se dieron a través de progresos separados y ambos marcos normativos juegan un papel crucial por cuanto existe una constante retroalimentación entre ellos. Puede verse como si esta manera haya estado siempre presente y eso se debe a la Ley General del Derecho Administrativo (GALA), la cual es muestra extraordinaria de la unión de la normativa entre buen gobierno y adecuada administración. Sin embargo hay más del derecho administrativo que en la GALA, pues nosotros encontramos que este derecho tiene mucho de interdisciplinario y que a su vez también se enmarca en un contexto internacional.

De la misma manera parece que la jurisprudencia holandesa, en derecho administrativo, se dedica solamente a la GALA y eso no es realmente suficiente. El desarrollo del derecho administrativo recién comienza y habrán más renovaciones. Su desarrollo es reciente, comparado con el desarrollo de otros campos del Derecho clásico. Al mismo tiempo hay una imbricación entre el derecho administrativo, derecho privado y derecho criminal, respectivamente, por lo cual no siempre será fácil establecer qué pueda ser

estudiado de manera separada⁴. ¿O acaso debemos abandonar la idea de tener campos separados del derecho? En fin, los progresos en el derecho administrativo así como también en lo referente a los otros campos del derecho requieren una mirada que pueda ir más allá de los confinamientos de la GALA. Además, la europeización y, más en general, la internacionalización del derecho administrativo requiere cada vez más un mayor acercamiento que pueda abordar los problemas de la administración, ciertamente no sólo con los aspectos del derecho comparativo, puesto que es necesario tomar en cuenta los continuos efectos de las diferencias. Lo anterior ciertamente se aplica a la diferencia de los requerimientos administrativos en relación a las acciones administrativas.

2. Objeto de estudio y el esquema de este artículo

Esta publicación va más allá de la GALA pues se refiere a los requerimientos administrativos, en los cuales los actos del gobierno en su conjunto son también tomados en cuenta. Parte de este estudio busca resolver la pregunta fundamental de si estos requerimientos deben ser considerados como acción de las normas del gobierno o si deberían ser acatadas como un derecho del ciudadano. Estamos enfocando la resolución de esta pregunta porque hay un desarrollo a nivel nacional, y más aún en el nivel europeo hacia la codificación de un derecho subjetivo, o por lo menos elementos de éste para un buen gobierno. De ahí, la codificación se dio en el nivel de los derechos subjetivos sobre un buen gobierno, esta normativa incluye también elementos de estos derechos subjetivos. ¿Quiere esto decir que no necesitamos más de ningún requerimiento de un buen gobierno para ser observado por la administración y que el derecho subjetivo parte de la idea de que el buen gobierno será suficiente? El aspecto fundamental de esta edición está también determinada por la diferencia subyacente en el nivel de la norma teórica con respecto a la relación o tensión entre la certeza legal que pone de un lado a las normas y, por otro lado, a la justicia que vela por la salvaguardia de los derechos subjetivos⁵. Retornaremos a este punto en el curso de este artículo.

2.1 Tema de estudio: ¿Normas administrativas o derecho administrativo?

El problema central de nuestro artículo es: ¿pueden los principios de un buen gobierno ser vistos como deberes de la administración o como un derecho ciudadano? La diferencia subyacente es la relación mutua entre ambos tipos de requerimientos en relación a un buen gobierno y si podremos expresar

⁴ F.A.M. Stroink, *De groei en bloei van het bestuursrecht*, Den Haag: Sdu 2006, p. 6 et seq.

⁵ P.J.Boon, J.M. Reintjes & J.G.J. Rinkes (eds.), *Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht*, Deventer: Kluwer 2003, pp. 6 et seq., in particular p.13.

nuestra preferencia por un particular desarrollo después de pesar en los pros y los contras. Después de todo, las normas administrativas son, como los derechos humanos, normas legales. En ambos casos la pregunta de rigor es si se trata de un asunto relevante es decir, si se trata de un tema de *iure*. Estos temas jurídicos serán ilustrados en el transcurso de esta investigación, dándole un vistazo al desarrollo del derecho en estos últimos años.

2.1 Dos ideas básicas: normas que guían las acciones administrativas y los derechos subjetivos del ciudadano

Aquí pondremos más atención a las ideas básicas de los principios de un buen gobierno, particularmente como deberes para todas las acciones de la administración y como un derecho subjetivo del ciudadano. Además, estos principios serán incluidos en otros marcos, tales como las supuestas instituciones de los cuatro poderes⁶ del Estado y en la evaluación de normas usadas por muchos cuerpos supervisores. Pero como mencionamos antes, nos restringiremos principalmente a estas dos ideas básicas.

La primera idea básica es que los principios se desarrollan como normas (no) escritas para las diferentes formas en que el gobierno actúa. Algunas veces son los tribunales y luego el legislador los que transforman estas normas en algo concreto, aunque el común denominador es que los principios se apliquen directamente como normas en las entidades gubernamentales. El gobierno, que debe seguir estos principios, generalmente lo ha estado haciendo.

La segunda idea básica es que los principios inciden en que la norma contenga uno o más derechos subjetivos de los ciudadanos o que han sido reconocidos como tal por los tribunales. Sin embargo los estándares desarrollados en estos casos están relacionados a las acciones gubernamentales, las cuales fueron descritas como un derecho subjetivo de los ciudadanos.

2.2 Esquema de este artículo

Después de un breve debate sobre el desarrollo de los principios de una adecuada administración incluidos en los principios de un buen gobierno, discutiremos el desarrollo europeo en relación con este tema, los cuales son de directa importancia para el derecho administrativo holandés. Haremos una descripción del reciente avance europeo en el campo del buen gobierno como normas que guían las acciones administrativas, relacionándolas con el desarrollo Holandés en este campo. Después, dirigiremos nuestra atención al derecho subjetivo a un buen gobierno en el contexto europeo, junto con la

⁶ G.H. Addink, 'The Ombudsman as the fourth power. On the foundations of Ombudsmanlaw from a comparative perspective', in: E.C.H.J. van der Linden & F.A.M. Stroink (eds.), *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005, pp. 251- 273.

evolución que pueda haberse dado en los Países Bajos. Los pros y contras de ambos temas serán discutidos y sopesados, y esto liderará un esbozo de una evolución futura deseable. Cuando realicemos la selección final, podremos ver el si este resultado es o no el esperado. También analizaremos brevemente la tensión subyacente con respecto a la teoría de derecho entre el derecho a la seguridad y la justicia.

3. El derecho administrativo en el contexto de la cuestión

3.1 Más que solo principios de una adecuada administración

Inicialmente, los principios generales de la adecuada administración se desarrollaron como normas no-escritas por los tribunales. Posteriormente, la codificación del legislador, respecto de los actos de la administración, se realizó con más énfasis. Como resultado de ello, dos aspectos se han destacado durante un largo periodo tiempo, y los mencionaremos aquí para su completo análisis. Primero, existen más principios de la adecuada administración que los desarrollados por los tribunales, así tenemos a la ley no-escrita y en otros casos, estos principios han sido codificados en la GALA. Algunos de los principios de la buena administración han sido dejados de por el legislador. Segundo, después de la codificación en la GALA y otras leyes, existen aún elementos de los principios de la adecuada administración que se han mantenido como normas no-escritas, en otras palabras: la norma no-escrita es aún importante. Los siguientes ocho grupos representan, en general, los más importante principios que se encuentran incluidos en normas (no) escritas de la adecuada administración⁷ y son: el principio de lo justo, la prohibición del abuso de poder (*détournement de pouvoir*), el principio de a seguridad jurídica, el principio de confidencia, la legítima y justificada expectativa, el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad, el principio del cuidado debido, y la motivación. Distinguiremos muchos subprincipios o aspectos de principios entre estos grupos principales.

3.2 Principios aplicados por los diferentes órganos gubernamentales: legislador, administración, tribunales y cuerpos de supervisión

Otro aspecto relevante es que estos principios son incorporados en diferentes ámbitos del derecho administrativo, donde se han convertido más específicos. Tradicionalmente, el ciudadano ha podido confiar en argumentos no-escritos. Después, los principios empezaron a convertirse en parte de las leyes y fueron tomados como argumentos de apelación y luego, en este contexto en particular, estos sirvieron como argumentos para una revisión

⁷ G.H. Addink, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1999.

judicial. Hoy, sólo tienen la función de anular argumentos en tanto se encuentren recogidos en la GALA. En resumen, con respecto a los principios de la adecuada administración, éstos han decrecido en importancia.

Durante los últimos años, hemos visto un cambio en el uso de los principios, no siempre bajo la misma modalidad, por otros órganos de supervisión gubernamental. Éstos aplicaron los principios como parte de una revisión judicial. Un ejemplo de ello es el (nacional y descentralizado) Ombudsman, y otro cuarto poder institucional⁸, como el Tribunal del Audit, hace lo mismo. En conclusión, las instituciones juegan un papel importante en el mantenimiento del balance y equilibrio entre los tres poderes conocidos. Esto también se aplica a otros cuerpos supervisores⁹ que llevan a cabo la supervisión de la administración u otras (independientes) obligaciones supervisoras. En una palabra, estos principios, que pueden ser encontrados en diferentes partes del derecho, son ahora importantes rasgos de idas y venidas administrativas considerando la protección del ciudadano así como la supervisión del comportamiento administrativo. El legislador y la administración han 'descubierto' los principios y han determinado algunos de ellos como normas administrativas en legislación y reglas políticas. Como resultado, estos principios son aplicados por muchos órganos gubernamentales con un énfasis en el uso de los principios independientemente de la norma aplicable a los procesos administrativos.

3.3 Principios escritos de la adecuada administración que se encuentran fuera de la GALA

Los principios de la adecuada administración, como una norma estatutaria que guía el comportamiento administrativo, se han convertido en muy importantes. Los primeros cinco capítulos de la GALA son abundantes en incluir algunos de estos principios, pero fuera de ello podemos encontrar principios de esta adecuada administración, que se encuentran en otros estatutos como normas conductoras del comportamiento administrativo. Estos pueden ser encontrados en todas las formas de leyes orgánicas que contienen aspectos importantes de éstos principios.

3.4 Principios de la adecuada administración: extensión intrínseca de una norma estándar

Adicionalmente, existe un desarrollo de la normativa administrativa desde los principios de la adecuada administración y ello es más que una cuestión

⁸ Supra note 6.

⁹ The concept of a supervisory body is used here in a very broad sense: a government body that is occupied with supervisory activities.

semántica¹⁰. Existe mucho más en juego y el asunto resulta ser más importante que colocar un nuevo vino en una vieja cava, como muchos han sugerido¹¹. En este caso, se trata de una extensión intrínseca de la norma estándar con respecto al comportamiento administrativo. Los principios de una buena administración no son todavía comunes en la jurisprudencia Holandesa sobre derecho administrativo. Sin embargo, algunos autores holandeses miembros del grupo lingüista de las instituciones europeas han insistido, con respecto al grupo extensivo de principios de la buena administración, en que éstos deben ser calificados como principios de la adecuada administración.¹² Estudios comparativos¹³ a nivel nacional han mostrado que estos conceptos han sido establecidos fuera de los Países Bajos y también a nivel europeo y se han expresado como tal en jurisprudencia¹⁴; así, vemos ello evidenciado por cierta normativa sueca. Los principios de la buena administración son determinados en seis grupos: buena administración, administración transparente, administración participativa, administración responsable, administración efectiva y eficaz en relación a los derechos humanos y administración. Estos principios no apuntan todos a la misma dirección, existen diferencias acerca de su relación mutua y no tienen un unívoco significado aún. Después de esto mostraremos que los principios han dado una mayor coherencia el nivel europeo y que es recomendable que el derecho administrativo holandés pretenda hacer lo mismo.

4. Desarrollo Europeo respecto de las normas de conducta administrativa

El curso del tiempo ha sido testigo del desarrollo de los principios necesarios de una buena administración en el contexto europeo. No intentamos nombrar todas las normas aquí; sólo mencionaremos las más importantes fuentes y luego nos dirigiremos a las más recientes y detalladas normas determinadas en una recomendación del Consejo de Europa acerca de buena administración.

¹⁰ G.H. Addink, 'Algemene beginselen van goed bestuur en de toepassing door de Algemene Rekenkamer', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2005, no.6, p.169-183.

¹¹ See R.J.N. Schlössels, 'Kroniek Beginselen behoorlijk bestuur', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2005, no 7, p. 254, with respect to a rhetorical question raised by me.

¹² E.M.H. Hirsch Ballin, 'Een grondrecht op behoorlijk bestuur', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2000, no 10, pp. 305-308.

¹³ *Principles of Good Administration in the Member States of the European Union*. Stockholm 2004. A study commissioned by the Swedish government into the question if, and if so, to what extent, binding statutory principles regarding principles of good administration are included.

¹⁴ J. Wakefield, *The Right to Good Administration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007.

4.1 Códigos de una buena administración en la Unión Europea

La práctica, así como la jurisprudencia en derecho administrativo europeo ha abogado por la creación de la reglamentación europea con las disposiciones generales relativas a derecho administrativo europeo, una especie de GALA europea. Nosotros hemos apoyado esta visión anteriormente¹⁵. Ahora existen más motivos para apoyar esta reglamentación europea debido a que la mayoría de instituciones europeas han desarrollado su propio código de buena administración con diferencias significativas entre ellas. En resumen, estamos en extrema necesidad de una armonización de las reglas europeas. Antes que esto suceda, habrá que contentarse con los códigos de buena administración que se han establecido hasta ahora. En este contexto es también relevante señalar que cada institución debe evaluar el uso del código cada dos años y reportar esto al Ombudsman Europeo¹⁶.

La Unión Europea ha elaborado una serie de documentos en los que los principios de buena administración han sido especificados. El Consejo de Ministros, también ha prestado atención al tema en diferentes estamentos.

4.2 Códigos de buen comportamiento administrativo

El deber del Ombudsman Europeo, que fue creado como resultado del tratado de Maastricht, es combatir la mala administración de las instituciones y organizaciones comunitarias. Antes de la creación del Ombudsman el Comité de Peticiones¹⁷ recibió quejas del público. El Comité aún existe pero su importancia en el desarrollo de los principios de la buena administración ha disminuido. El Ombudsman europeo frecuentemente se pronuncia a favor de una normativa general en materia de la buena administración y orden para prevenir la 'mala administración' que realiza la administración. El resultado final fue que el Ombudsman creó el 'Código de Buen Comportamiento Administrativo'¹⁸, por pedido del Parlamento Europeo. Este tiene 27 artículos que rigen la buena administración.

La idea del Código fue inicialmente lanzada por EMP Roy Perry en 1998. El Ombudsman Europeo respondió con un texto para el que refleja la investigación realizada por su propia iniciativa. Este Código fue presentado ante el Parlamento Europeo como un informe especial el 6 de

¹⁵ G.H. Addink, 'Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law', in: D.M. Curtin & R.A. Wessel (eds.), *Good Governance and the European Union*, Antwerpen-Oxford-New York: Intersentia 2005, p. 48.

¹⁶ See article 27 of the Code of Good Administration.

¹⁷ This Committee hears about a thousand petitions annually. See for a recent report of the discussion on its annual report 2006 (2007/2132IND): 15 October 2007, A6-0392/2007..

¹⁸ K.Kanska, 'Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights', *European Law Journal* 2004, no 3, p. 296-326.

Septiembre del 2001 y fue aprobado en una resolución por el Parlamento Europeo.

La resolución del Parlamento Europeo se basó en la propuesta por el Ombudsman y fue aprobado con pocas enmiendas por el Comité de Peticiones del Parlamento Europeo. El Código Ombudsman ha sido desarrollado, de acuerdo a lo explicado, observando los principios de la normativa administrativa europea que se han establecido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia. Este Código también se inspiró en normas nacionales.

Después de la aprobación del Código, éste fue enviado a todas las instituciones y organizaciones de la Unión Europea con el pedido de crear su propio código basado en aquel reforzándolo y haciendo cumplir en cada departamento y para cada funcionario. El resultado es que los diferentes departamentos europeos tienen sus propios códigos acerca de buena administración pero se encuentran separados entre sí. Para promocionar la buena administración, la Ombudsman ayudará a mejorar las relaciones entre la Unión Europea y sus ciudadanos. Las diferencias substanciales entre los códigos de varias instituciones Europeas están posicionadas. Además, las disposiciones de estos códigos pueden ser detectados en la jurisprudencia y en las declaraciones del Ombudsman Europeo¹⁹.

Sobre la aprobación del Código, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que presente una propuesta de reglamento con el mismo fondo que el presente Código. La idea detrás de esto es que con un reglamento se hará hincapié en el carácter vinculante de las normas y principios que encarna y, en consecuencia, serán igualmente aplicables a los institutos y organismos de la UE. Se debe promover la transparencia y la coherencia de la conducta administrativa. Este objetivo es el mejor implementado por una propuesta de la Comisión Europea sobre la buena administración. Hasta ahora la Comisión ha fallado en prestar atención a esto pues el artículo 308 requiere la unanimidad del Consejo. Más aún, algunos Estados miembros demandan objeciones en contra del artículo 308, pues es visto como una extensión de los poderes de la Unión.

Como resultado, los tribunales europeos han tenido, hasta ahora, experiencia con códigos establecidos e implementados por diferentes instituciones europeas. El Código de Buena Administración Europea, el Código del Ombudsman europeo, es un instrumento esencial para este organismo en el

¹⁹ See for a systematic overview of statements by the European Ombudsman with respect to the Ombudsman Code: K. Fennel, 'The European Ombudsman and the Principles of Good Administration. Development and Application of the European Code of Good Administrative Behaviour', in: *Principles of Good Governance II*, Utrecht 2007, and pp. 5.1-5.34. Id. The recent speech by the European Ombudsman P. Nikiforos Diamandouros, *The principle of good administration in the recommendations of the European Ombudsman*, Sofia, 17 September 2007.

ejercicio en su doble rol. La Ombudsman aplica su Código en el examen de los presuntos de casos en los que se atribuye mala administración de las instituciones Europeas. Pero el Código también sirve como una guía útil y una ayuda para los funcionarios públicos y los anima a realizar una buena administración previniendo la mala. Aquí podemos echar un primer vistazo a la dicotomía mencionada anteriormente en la normativa administrativa europea en el contexto del Ombudsman europeo.

El derecho a un buen gobierno por las instituciones Europeas y sus órganos puede ser calificado como un derecho fundamental tal como lo determina el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. El Código informa a los ciudadanos cuál es el correcto significado que en la práctica deberían esperar de la administración Europea. Como el Tratado de Lisboa incluye una referencia a la Carta, podemos estar seguros que este derecho incrementará su importancia con el pasar de los años. Los ciudadanos y los funcionarios públicos han mostrado un gran interés en el código desde su adopción por el Parlamento Europeo en Septiembre del 2001. Su impacto no ha sido restringido a las instituciones de la UE y sus órganos. Esto también ha sido adoptado por un número de Estados miembros. Es de importancia para la promoción del conocimiento de los derechos y obligaciones fijados en él.

4.3 Estatus del Código del Buen Comportamiento Administrativo

En lo que concierne a la situación del Código, nos gustaría destacar lo siguiente. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE fue adoptada durante cumbre europea en Niza en diciembre del 2000²⁰. El Tratado de Lisboa, como mencionamos antes, tiene una referencia hacia la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Esta referencia tiene el mismo estatus jurídico como la incorporación de la propia Carta (de la UE) en el Tratado. La explicación dice que la creación de la referencia significa que los ciudadanos no pueden demandar la aplicación de todo tipo de derechos²¹. Esto probablemente significa que las palabras y el carácter de la Carta no han cambiado del todo. Esta explicación ignora, sin embargo, todo tipo de acontecimientos que han tenido lugar en el desarrollo de la normativa europea²² y la jurisprudencia. Además, la Carta pone de manifiesto que una decisión fundamental se hizo en favor del modelo continental, y ha rechazado la anglosajona una como la Carta de Derechos. El modelo

²⁰ For a discussion of the different aspects of the EU Charter of Fundamental Rights: *NJCM-bulletin* 2000, pp. 924-962, with contributions by, amongst others, R.A. Lawson & A.W. Heringa and an account of the discussion during the NJCM general meeting on 14 April 2000.

²¹ That is what appears to be the Dutch point of view. For a viewpoint in our country with fewer constraints, see: S.C. van Bijsterveld & E.M.H. Hirsch Ballin, *De Integratie van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in de Constitutie van de Europese Unie*, The Hague: WRR 2003.

²² T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, section. 7.6 'The Charter of Fundamental Rights', pp. 356-369.

continental no solo exige obligaciones a la administración sino también derechos positivos hacia el gobierno. Las observaciones hechas con respecto a la Carta también fueron aplicadas al Tratado de Lisboa. Incluso esta referencia a una Carta no vinculante es todavía significativa. Esto hace que los derechos sean más visibles, da una base ideológica y sirve de guía para las actividades del poder legislativo. Hasta ahora las referencias fueron sólo hechas por los Abogados Generales y por los tribunales en primera instancia. Tenemos que indicar sin embargo que ningún tribunal en la UE la ha usado como argumento de resolución de un caso, pero a menudo ha sido invocada como un argumento principal o como uno adicional²³.

La explicación también dice que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE no confiere ningún tipo de poder nuevo. Al mismo tiempo, sin embargo, el Tratado de Lisboa garantiza el poder de la Unión Europea para adherirse a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

La Carta proporciona a la Unión y sus Estados miembros una lista de los derechos fundamentales vinculante para los signatarios. La Carta hace estos derechos más visibles para todos los ciudadanos, como resultado, ellos estarán mejor informados acerca de sus derechos. En adición a esto, la Carta crea derechos que no están protegidos por la CEDH, que se limita a la protección de los derechos civiles y políticos. Se dedica, en particular, a los derechos sociales de los trabajadores y la protección de información y el derecho a un buen gobierno. Los derechos de la Carta se aplican a los ciudadanos de la UE en sus relaciones con el gobierno de la UE.

Los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE en la Carta, son el derecho a un buen gobierno (artículo 41)²⁴ y el derecho de queja, acerca de la mala administración hecha por instituciones y cuerpos de la Unión, con el Ombudsman (artículo 43). Este Código está hecho para brindar detalles acerca del significado práctico del derecho a un buen gobierno incorporado en la Carta.

²³ T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, section. 7.6 'The Charter of Fundamental Rights', pp. 360-361..

²⁴ 1. Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions and bodies of the Union.
2. This right includes:
 . the right of every person to be heard, before any individual measure which would affect him or her adversely is taken;
 . the right of every person to have access to his or her file, while respecting the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy;
 . the obligation of the administration to give reasons for its decisions.
3. Every person has the right to have the Community make good any damage caused by its institutions or by its servants in the performance of their duties, in accordance with the general principles common to the laws of the Member States.
4. Every person may write to the institutions of the Union in one of the languages of the Treaties and must have an answer in the same language.

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Ombudsman los casos de mala administración en las actividades de las instituciones u órganos comunitarios, con excepción del Tribunal de Justicia y la Corte de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

El Ombudsman Europeo examina los presuntos casos de mala administración por las instituciones de la Unión y los órganos a que se refiere el artículo 195 del Tratado UE y el Estatuto de la Ombudsman. La definición de mala administración dada por el Defensor del Pueblo Europeo en su informe anual de 1997 es la siguiente: "un caso de mala administración se produce cuando un organismo público no obra de conformidad con las normas y principios que son vinculantes para él». Esta definición fue aprobada por el Parlamento Europeo.

Además de la aprobación del Código, el Parlamento Europeo también ha adoptado una resolución invitando al Ombudsman Europeo a aplicar el Código frente a la mala administración así como, elaborar el derecho ciudadano para un buen gobierno tal y como se ha determinado en el artículo 41 de la Carta. El Ombudsman tomara en cuenta los principios establecidos en el Código al examinar los presuntos casos de mala administración.

En el futuro, el Ombudsman continuará haciendo hincapié en el valor añadido y la importancia de la transformación del Código en un derecho europeo²⁵. Esto ayudará a remover la confusión creada por la existencia de los diferentes códigos de las instituciones de la UE y sus órganos. Por lo tanto, se garantiza que las instituciones y órganos aplicarán los mismos principios en sus relaciones con los ciudadanos y que, para los ciudadanos como para funcionarios, se pondrá de relieve la importancia de estos principios.

4.4 Principios de un buen gobierno en la jurisprudencia europea

Las cortes europeas confirman la importancia de las garantías procesales como un contrapeso al aumento del poder discrecional de la administración. Los tribunales han reconocido los siguientes principios:

- el principio general administrativo a través de la ley,
- el principio de la no discriminación,

²⁵ Look at i.e., the speech held by the European Ombudsman, P. Nikiforos Diamandouros, *Legality and good administration: is there a difference?* Staatsburg, 15 October 2007.

- el principio de la proporcionalidad,
- el principio de la seguridad jurídica,
- la protección de expectativas legítimas,
- el derecho a una audiencia ante una decisión adversa adoptada por una autoridad pública

Tridimas considera que los principios de la buena administración están incluidos en los Principios Generales del derecho de la UE como parte del principio de la defensa. El muestra que el tribunal europeo ha puesto atención al principio del buen gobierno desde 1976, pero más sistemáticamente desde la década de los noventa. Su explicación para esto: 'Su elevación a un principio general coincide con el crecimiento y el incremento de la diversidad de la Comunidad administrativa, que permite a los tribunales comunitarios elaborar estándares de buen gobierno y responsabilidad.

Tridimas ofrece una visión general del principio de buena administración en la jurisprudencia europea²⁶ y que distingue a los distintos componentes dentro de este principio. El autor muestra que, inicialmente, la jurisprudencia mencionaba que la administración debería ser "adecuada" y "buena", pero que la jurisprudencia más reciente utiliza el principio de «buena administración». A continuación, llega a decir que no cree que se trate de un principio constitucional fundamental del derecho ya que el legislador no está vinculado al mismo, aunque la administración de la Unión lo esté. Además, su punto de vista es que el principio no se origina principalmente en los sistemas de derecho de los Estados miembros. Y, por último, califica este principio como un principio subsidiario: su violación puede dar lugar a una responsabilidad por daños, aunque no puede invocarse como un motivo anulación ante el tribunal.

Otro importante documento es el Libro Blanco²⁷ de la Comisión Europea de ese mismo año. Éste tiene una descripción de los principios de un buen gobierno, este Libro ha sido elaborado en el proyecto de planes de política, su elaboración, en particular, atrajo algunas críticas²⁸, aunque las descripciones de los principios de buen gobierno dadas por la Comisión se mantuvieron incólumes. Esto significa que a nivel europeo, no sólo el legislador, el juez y el Ombudsman están trabajando con estos principios, sino que también lo está haciendo la administración.

²⁶ T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, section 8.12 'Principles of good administration', pp. 410-417.

²⁷ *European Governance, A White Paper*, Brussels, 25 July 2001, COM (2001) 428 final.

²⁸ D. Curtin & I. Dekker, 'Good Governance: The Concept and its Application by the European Union', in D.M. Curtin & R.A. Wessel (eds.), *Good Governance and the European Union*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia 2005, p. 10-20.

4.5 *Código de Buen Gobierno del Consejo de Europa*

Tanto la Unión Europea y el Consejo de Europa, prestan atención al asunto del buen gobierno. Así, el Comité de Ministros adoptó una recomendación en esta materia, el 20 de junio de 2007. Esta recomendación es la aplicación de una solicitud de la Asamblea Parlamentaria para hacer un proyecto que incluya el derecho fundamental al buen gobierno en la forma de un Código de Buen Gobierno. Este Código se basa en las recomendaciones anteriores del Comité de Ministros y en el "Código de Buena Conducta Administrativa.

El Código del Consejo de Europa está basada en un estudio sueco acerca de las reglas actuales que rigen a los Estados miembros de la Unión Europea con respecto al buen gobierno. Los resultados de la encuesta fueron:

- existe una serie de principios básicos de buen gobierno que han sido generalmente aceptados en los distintos Estados miembros;
- La mayoría de estos principios son de carácter general y están establecidas en normas jurídicamente vinculantes en las constituciones y leyes administrativas;
- las diferencias entre el propósito y el contenido de estas reglas son substanciales;
- la interpretación de estos principios muestra las diferencias de por lo menos cuatro diferentes tradiciones del derecho administrativo en Europa.

El punto de vista del Gobierno sueco es que este inventario debe conducir a la normativa europea en materia de buen gobierno. Se podría decir que la idea es desarrollar un espacio europeo de GALA. Esta idea también ha sido sugerida en la jurisprudencia, pero ahora parece estar demasiado lejos. Esa es la razón por la que la introducción de un Código de Buen Gobierno, diseñada por el Consejo de Europa, y la recomendación²⁹ a los Estados Miembros a que incorporen en su legislación esta normativa a fin de aplicar el buen gobierno a nivel nacional, es lo más importante.

El Código se basa en una definición amplia del cuerpo administrativo y cómo debe cumplir éste los principios. Los siguientes principios pueden encontrarse en el Código: el principio de legalidad, el principio de igualdad, el principio de imparcialidad, el principio de proporcionalidad, el principio de seguridad jurídica, principio de oportunidad (la diligencia), el principio de la participación, el principio de la protección de la privacidad personal y el principio de transparencia. Además, existe una sección dedicada a las normas sobre las decisiones administrativas, por ejemplo, en las que se toma una

²⁹ The Recommendation of the Committee of Ministers to member states on good administration, June 20, 2007, CM/Rec (2007)7.

decisión preliminar, las solicitudes para la adopción de decisiones por parte de los ciudadanos, el derecho del ciudadano a ser oído, el derecho del ciudadano a participar en otras decisiones de carácter general, el pago de un costo razonable por el ciudadano, los requisitos que deberán cumplir las decisiones, la publicación de decisiones, la entrada en vigor de las decisiones, la ejecución de las decisiones y la modificación de las decisiones. La última sección está dedicada a solicitar el pago por daños y perjuicios.

4.6 Una comparación del Código Ombudsman Europeo y el Código del Consejo de Europa

En primer lugar, debe señalarse que el Código Ombudsman está destinado a ser aplicado a nivel europeo y por los funcionarios públicos en particular, mientras que el Código Consejo de Europa está dirigido a los órganos administrativos a nivel nacional. Esto plantea la cuestión general de si los órganos administrativos deberían ser sometidos a un conjunto de normas que difieren de las que se aplican a los funcionarios que trabajan para estos órganos administrativos. Nuestra opinión es que esto no es deseable y que, por tanto, tiene sentido comparar ambos Códigos. Aún más, las relaciones internas entre los cuerpos administrativos y los funcionarios públicos son excluidas en el Código Ombudsman, mientras que este no es el caso en el seno del Código del Consejo de Europa.

Una característica resaltante del Código Ombudsman es la descripción de la exigencia de legalidad, que es mucho más estricta que la que en el Código del Consejo de Europa. La descripción de este último requisito de la legalidad es más amplia ya que cubre también las normas de la ley (nacional e internacional) y los principios jurídicos. Con respecto al principio de la igualdad, el Código Ombudsman pone mayor énfasis en la no discriminación, mientras que el Código del Consejo de Europa adopta el principio de igualdad como el punto de partida en el que se encuentra la no discriminación. El Código del Consejo Europeo tiene una amplia explicación del principio de proporcionalidad, mientras que el Código Ombudsman se encuentra a favor de un Código en versión más restringida. Es sorprendente que el Código Ombudsman codifique el principio concerniente a la expectativa legítima y justificada y que el Código del Consejo de Europa haya establecido un principio del derecho a la seguridad. El principio de la diligencia debida, en el sentido razonable de los términos para la toma de decisiones, se ha incorporado en ambos códigos. El Código del Consejo de Europa ha registrado el principio de la participación, lo que no ocurre en el Código Ombudsman. El principio de la intimidad personal (como parte del principio de la diligencia debida), es más detallado en el Código del Consejo de Europa que en el Código Ombudsman. El principio de transparencia se ha

dado de una manera amplia en el Código del Consejo de Europa, mientras que el Código Ombudsman ha tenido una descripción más restringida.

También es sorprendente que el Código del Consejo de Europa haga una distinción entre la sección I, en la que los principios de buen gobierno se han colocado, y la sección II, que se dedica a las disposiciones sobre el proceso de toma de decisiones. La última sección, sin embargo, también incluye, en esencia, los principios de buen gobierno, pero su alcance se limita a las decisiones. Parece como si, el Consejo de Europa aplicara una definición más estricta del principio de buen gobierno

La sección II comienza con una definición de las decisiones administrativas. Después, indica que ésta procede cuando es iniciada por la propia administración, pero que un ciudadano puede también solicitar que una decisión sea hecha. La solicitud de decisión de los ciudadanos esta sometido a una serie de requisitos, que son disposiciones meramente de carácter administrativo. Las siguientes disposiciones, sin embargo, se centran principalmente en el principio de la diligencia debida. El derecho del ciudadano a ser oído se puede encontrar en ambos códigos, pero el alcance de este derecho de los ciudadanos es concedido en el Código Ombudsman de una manera más amplia. Este derecho se encuentra restringido en el Código del Consejo de Europa para las decisiones individuales, así como otras decisiones. El Código del Consejo de Europa permite una demanda por el pago de los gastos razonables en los que el ciudadano haya incurrido. El principio de la motivación aparece en ambos Códigos, así como el principio de la debida atención por los medios de la publicación. Además, es interesante que el Código del Consejo de Europa dedique también disposiciones para la forma en que las normas se aplican y las facultades de aplicación, que se encuentran completamente ausentes en el Código Ombudsman.

La tercera sección del Código del Consejo de Europa establece el derecho de apelación y el derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios; ambos temas no están cubiertos por el Código Ombudsman. Sin embargo éste sí contiene el derecho a presentar una queja al Ombudsman Europeo.

4.7 Conclusión provisional

La anterior muestra que existen notables diferencias entre ambos Códigos y que, además, los principios de buen gobierno en los Países Bajos son muy diferentes también.

En primer lugar, las características específicas del Código del Consejo de Europa están posicionadas, mientras que el Código Ombudsman también asume un concepto amplio del buen gobierno. La creación del Código Ombudsman fue aclamada como una pieza importante de la codificación, pero que se aplica aún más el Código del Consejo de Europa. Estos principios se encuentran, mucho más detallados en éste Código que los principios de buen gobierno desarrollados hasta ahora en la Unión Europea.

Ambos códigos van mucho más allá de los ocho principios holandeses de buena administración (algunos de los cuales se han establecido en la GALA), que lleva a la conclusión de que el ámbito de aplicación de los principios de buen gobierno en el contexto europeo es mucho más amplio que los ocho principios holandeses de adecuada administración. Como resultado de esto y también en vista de los estudios suecos mencionados anteriormente, parece que Países Bajos se está retrasando con el desarrollo administrativo de las nociones de un buen gobierno. Cabe señalar, sin embargo, que no todas las seis categorías de los principios de buen gobierno se han incorporado en el Código del Consejo de Europa. Particularmente, los principios relativos a la rendición de cuentas de la administración y los principios relativos a la administración eficaz, en particular, están ausentes. Además, hay que señalar que ambos Códigos contienen derechos subjetivos para instituir la apelación, a presentar una queja y a recibir una compensación del gobierno.

Y finalmente una serie de observaciones sobre el efecto de ambos Códigos. Como hemos mencionado anteriormente, los Códigos se aplican, en principio, a las diferentes relaciones jurídicas. El Código Ombudsman se enfoca principalmente en la aplicación de su normativa respecto de las quejas sobre las instituciones europeas, en las que sus propio Código es pertinente. Además de que, los Abogados Generales, el Tribunal europeo y el Tribunal de Primera Instancia usan esta normativa, a veces como el principal argumento, pero más a menudo como un menor o de adición a sus líneas de razonamiento.

En el establecimiento del Código del Consejo de Europa, el cual tuvo lugar a finales de junio del 2007, una serie de observaciones relevantes fueron hechas, las cuales nos gustaría mencionar brevemente aquí. El Código fue creado por pedido de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que buscaba la definición y descripción de lo que significaba el buen gobierno y la elaboración de un Código que permite una efectiva implementación de ese derecho. El objetivo es que éste conseguirá una mayor unidad entre los miembros del Consejo de Europa. Un buen gobierno requiere de una buena legislación que tome en cuenta los

intereses de los ciudadanos y la administración y su implementación deben cumplir con los requerimientos de un buen gobierno, incluyendo varios de los principios antes señalados. Se recomienda incorporar esto en la legislación nacional, con referencia a los vínculos con el derecho a la buena gestión pública establecidos en la Carta de Niza. El Código es una invitación a los miembros del Consejo de Europa a seguirlo.

5. Avances europeos en relación con el derecho al buen gobierno

El derecho a un buen gobierno se incluye, como uno de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en la llamada Carta de Niza, establecida el 7 de diciembre de 2000. El artículo 41 establece lo siguiente con respecto al buen gobierno:

«1. Toda persona tiene derecho a que sus reclamaciones sean tratadas con imparcialidad y equidad dentro de un plazo razonable por parte de las instituciones y órganos de la Unión.

2. Este derecho incluye:

- El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome cualquier medida pueda afectarla desfavorablemente;
- El derecho de toda persona a tener acceso a su documentación, mientras que se respeten los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
- La obligación de la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a que la Comunidad repare los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el desempeño de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en uno de los Idiomas de los Tratados y deberá recibir una contestación en ese misma Idioma"

Estas disposiciones muestran que no hay derecho subjetivo en general al buen gobierno, sino que concede, en esencia, un derecho subjetivo al buen gobierno, que cubre varios aspectos. Probablemente sea mejor decir que algunos aspectos de la buen gobierno se encuentran ya establecidos.

El primer apartado ofrece un derecho tipo paraguas, que cubre de manera sustancial las obligaciones relativas a la forma en que todos deben ser tratados por las instituciones y órganos de la Unión: imparcial, justa y dentro de un plazo razonable. Parte de ello se encuentra en la disposición del segundo párrafo, que da los detalles de la obligación de escuchar a un

ciudadano en caso de una decisión adversa, tener acceso a su propio archivo y la obligación de motivar las decisiones. Además, cualquier persona que sufre un daño como resultado de acciones de los órganos o instituciones de la Unión se le concede el derecho a la indemnización. Y, por último, toda persona tiene derecho a ser contestada en su propio idioma. Es interesante ver que es particularmente la forma y los elementos del procedimiento los que se han establecido en estas normas. Esto es comprensible, ya que la jurisprudencia sobre estas cuestiones está bien desarrollada, pero ello no altera el hecho de que el derecho al buen gobierno también tiene elementos de fondo.

La explicación sobre el artículo 41 muestra que los derechos subjetivos que éste incorpora, se basan en la jurisprudencia desarrollada en la Unión Europea³⁰. La esencia es que la Unión está sometida al imperio de la ley y los rasgos esenciales de estas normas se encuentran establecidos en la jurisprudencia³¹, incluida el principio de buen gobierno. Los detalles específicos, también, han sido desarrollados por los tribunales³². El principio de motivación se deriva del artículo 235 del Tratado.

El derecho, tal como ha sido establecido en el apartado 3, está garantizado por el artículo 288 del Tratado. El párrafo 4 establece el derecho tal como está establecido en el tercer párrafo del artículo 21 del tratado. De conformidad con el artículo 52 de la Carta, estos derechos están sujetos a condiciones y restricciones del Tratado. El derecho a un recurso efectivo, que es de importancia en este contexto, está garantizado en el artículo 47 de la Carta. Han existido varias ocasiones en que esta disposición ha sido invocada en el procedimiento ante tribunales europeos³³.

Además, el artículo 42 establece con respecto al acceso a los documentos que «Todo ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado Miembro, tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. "Este derecho ya está garantizado en el artículo 255 del Tratado. Se aplica conforme las condiciones del Tratado de acuerdo con el artículo 52-2 de la Carta.

³⁰ Charter of Fundamental Rights of the European Union. Explanation to the Complete Text. Brussels, 11 October 2000.

³¹ Such as the following decisions: CoJ EG 31 March 1992, C-255/90P, *Burban* [1992] ECR I-2253, Court of First Instance EG 18 September 1995, T-167/94, *Nolle* [1995] ECR II-2589, 9 July 1999, T-231/97, *New Europe Consulting* [1999] ECR II-2403.

³² The development of the law mentioned in the first two paragraphs is based on case law: ECJ 15 October 1987 re 222/86, *Heylens* [1987] ECR 4097, section 15 of the grounds; ECJ 18 October 1989 re 374/87, *Orkem* [1989] ECR 3283; ECJ 21 November 1991 re C-269/90, *TU München* [1991] ECR I-5469, and Court of First Instance 6 December 1994 re T-450/93, *Lisrestal* [1994] ECR II-1177, Court of First Instance 18 September 1995 re T-167/94, *Nölle* [1995] ECR II-258.

³³ See for a discussion of the legal problems involved: K. Kaňska, 'Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights', *European Law Journal* 2004, no 3, p. 325.

El artículo 43 establece con respecto al Ombudsman: «Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Ombudsman de la Unión los casos de mala administración en las actividades de las instituciones u órganos comunitarios, con la excepción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. "Esta disposición también crea una conexión con el Tratado. Este derecho está incorporado en los artículos 21 y 195 del Tratado y también se aplicará con sujeción a las condiciones establecidas en el Tratado.

Y, por último, el artículo 44 que establece la siguiente regla en relación con el derecho de petición: "Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene el derecho de petición al Parlamento Europeo»

6. Desarrollo holandés con respecto al derecho de buen gobierno

El desarrollo del derecho de un buen gobierno en los Países Bajos ha sido fragmentario. No obstante, podemos distinguir las siguientes cuatro líneas generales en el derecho holandés.

Inicialmente, fueron los tribunales independientes, en particular, los que proporcionaron los principios específicos no-escrito del buen gobierno. Este es el resultado de la adquisición de más y más facultades administrativas, con carácter discrecional a los órganos administrativos. Los tribunales han especificado los principios de buen gobierno en el derecho administrativo holandés, teniendo a la imparcialidad como hilo conductor. Este desarrollo fue mucho más fomentado por la introducción de un tribunal administrativo en 1976, pero los más especializados en los tribunales administrativos, también han contribuido sustancialmente al desarrollo de los principios del buen gobierno. Después de la unión de los tribunales administrativos de los tribunales ordinarios y la introducción de la División Judicial del Consejo de Estado, parece como si los tribunales comenzaron a circunscribirse a un tipo formal de revisión judicial con un fuerte énfasis en el principio de la debida atención, a veces en relación con el principio de la motivación. Los tribunales inferiores y especialmente los tribunales administrativos son los que parecen estar lidiando con el desarrollo de estos principios cuando se realiza la comparación con la División Judicial del Consejo de Estado en lo que respecta a la evolución de los principios generales de buena administración.

Subsecuentemente, podemos ver no sólo los principios de buen gobierno, sino también varios derechos subjetivos en relación con la conducta administrativa

se está desarrollando en tratados internacionales y europeos. En lo que respecta a este último punto, es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Staatsburg* quien ha jugado un papel muy destacado, particularmente en casos de sanciones punitivas o de los derechos subjetivos de los ciudadanos. Por otra parte, hemos visto la creación de un gran número de tratados de los derechos humanos, como resultado de los cuales se ha producido un incremento sustancial en la importancia de los mismos.

Como resultado de la evolución democrática en Países Bajos, los estatutos han sido puestos en un lugar donde se dirigen a la naturaleza pública de la conducta administrativa y la participación ciudadana en la conducta administrativa. Los años sesenta y setenta vieron la incorporación de la naturaleza pública del comportamiento administrativo en la Ley de Información Gubernamental. En ella se detalla el momento y las circunstancias en que los ciudadanos tienen derecho a la publicación de la información. Información y participación están estrechamente relacionadas. La participación, inicialmente, fue parte del sector del medio ambiente, urbano y la legislación nacional, pero que se convirtió en el más armonizado GALA

Finalmente, vemos el desarrollo de varias normas administrativas en relación con la europeización y la internacionalización de derecho administrativo nacional. Esta internacionalización ha llevado a que se de una creciente importancia también en las organizaciones internacionales, así, existen normas que han sido desarrolladas por estas organizaciones en todos los campos. La importancia de organizaciones como el FMI, el Banco Mundial, las Naciones Unidas y la OCDE no puede ser exagerada respecto a la creación de ciertos estándares.

La Europeización es el resultado de la Unión Europea y el Consejo de Europa. Hasta hace poco, el desarrollo administrativo específico que fue económico-financiero era parte de la UE y el alcance jurídico general de desarrollo administrativo se llevó a cabo en el seno del Consejo de Europa. Hoy en día, esta distinción ya no se aplica y se puede presenciar una cierta influencia mutua de ambas instituciones europeas.

7. Pros y Contras de ambas líneas de desarrollo: un acercamiento comprensivo

Países Bajos distingue, a grosso modo y con variaciones, dos concepciones de los derechos fundamentales: la primera concepción de los derechos fundamentales otorga a la persona un *sitium* privilegiado, mientras que el

segundo tiene una concepción más funcional sobre los derechos fundamentales³⁴.

Mientras que en la primera concepción, la libertad humana, la sociedad digna y de la dignidad humana están en el centro del escenario, en la segunda concepción se toma como punto de partida una meta jurídica sobre la base de la persona, considerando que los derechos fundamentales tienen una dimensión social. El ejercicio de la libertad de derechos sólo puede hacerse si existen ciertas condiciones. Esto es, en esencia, la línea de pensamiento que prevalece, la cual se encuentra en nuestra Constitución.

Esto lleva a la pregunta principal acerca de la legalidad de los derechos fundamentales. En cualquier caso, los derechos fundamentales no tienen un significado absoluto en el lugar y en el tiempo, sino que deben ser considerados en su significado jurídico. Van der Hoeven observa que los derechos fundamentales no deben distinguirse de otras demandas judiciales, con la excepción de que su relación coincida con la opinión de la sociedad de efectivamente prevalece en ella y que esta a la base de la ética religiosa y la autonomía de la persona de una manera más directa. Según Van der Hoeven, esto lleva a la conclusión de que la diferencia con otros derechos subjetivos, es importante, aunque sólo en un sentido progresivo³⁵. La siguiente pregunta es entonces: ¿qué garantía nos brinda el derecho fundamental? El esquema de evaluación ética-religiosa en la sociedad tiene sus restricciones, aunque no en el interés del público por sí misma, lo que significa, desde su punto de vista, que el derecho fundamental a veces debe prevalecer sobre el interés general.

Aún hay otra desventaja de la garantía del derecho a la buena gestión pública como un derecho fundamental. Previamente, hemos visto que el derecho fundamental a veces es más explícito. Esto es en sí mismo necesario, ya que es la manera en la que el legislador muestra una indicación directa del contenido de este derecho fundamental. Un derecho fundamental a la buena gestión pública, sin especificaciones lleva a una norma vaga que podría resultar vacía en la práctica jurídica. Pero también es importante definir las restricciones ya que es en cuestiones de forma y de procedimiento, en donde estos aspectos se muestran mucho más específicos, como resultado de ello, la definición del principio se convierte en unilateral. En resumen, la especificación no debe ser restrictiva, pues dejan a la discreción de los tribunales la

³⁴ E.A. Alkema, *De reikwijdte van fundamentele rechten. De nationale en internationale dimensies*, preadvies NJV 1995, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 14.

³⁵ J. van der Hoeven, *De plaats van de Grondwet in het constitutionele recht* (dissertation 1958), re-published: Tjeenk Willink 1998, p. 173.

interpretación sobre el tema. Esto significa que estamos aún estableciendo unilateralmente restricciones al derecho a la buena gestión pública como un derecho fundamental subjetivo.

Además, es posible que los principios de buen gobierno, se puedan dar como un derecho subjetivo. Tal derecho subjetivo puede, en cualquier caso, ser menos abierto y menos específico. Un claro ejemplo de ello es el artículo sobre la derogación y la modificación de las subvenciones en virtud de la GALA. De otras formas, también, los derechos pueden ser incorporados en las leyes como un derecho subjetivo. Hacerlo, sin embargo, significa que ese derecho no debe ser objeto de especificaciones legales que son demasiado subjetivas o detalladas puesto que restringen innecesariamente su aplicación, lo que significaría que sólo podría ser aplicada a unos pocos casos

Ambos tipos de casos, no demasiado "abierto" o demasiado "específicos" nos conducen a las ventajas de un código o reglamento de buen gobierno, como hemos debatido anteriormente. Después de todo, así es como los diferentes aspectos de la buena gestión pública podrán sobresalir de manera más sistemática y coherente entre sí. Los códigos europeos sirven como buenos ejemplos de una regulación más específica sobre el buen gobierno, con descripciones claras de las normas. Estos códigos muestran algo más, a saber, que han concebido a la buena gestión pública como una combinación entre un derecho subjetivo y un estándar para la administración.

Esto nos ha llevado a una pregunta más fundamental en relación con el buen gobierno: ¿la seguridad jurídica debe ser el factor que prevalezca en nuestra legislación o debería la justicia, en el sentido de la protección del individuo, ser el principio predominante? En lo que respecta a esta cuestión, los códigos europeos, discutidos anteriormente, son ejemplos de una buena distribución de la ley de seguridad y justicia.

8. Conclusiones y recomendaciones

Lo anterior nos ha llevado a las siguientes conclusiones y recomendaciones.

Debe existir una clara distinción entre los principios de una adecuada administración y los de un buen gobierno. Fuera de los Países Bajos, los principios de buena gobierno han sido sistemáticamente dirigidos por el legislador en un nivel nacional. Los Códigos de buena gobernabilidad fueron creados, más recientemente, en un nivel europeo, y éstos pueden servir como ejemplo para la legislación holandesa. Existen buenas razones para seguir estos Códigos, tal y como el Consejo de Europa ha recomendado a sus

miembros, incluyendo a los Países Bajos, incorporarlos en los Código de Buena Gobernabilidad en sus legislaciones.

La adecuada gobernabilidad de la gestión pública como derecho subjetivo puede ser atractiva, pero existen varias restricciones. Su descripción necesariamente es algo vaga, aunque esto se puede evitar por medio de una descripción indicativa de su contenido. Se recomienda que tal derecho sea observado como se debe en la próxima reforma constitucional, y que también se tome en cuenta la importancia del Estado de Derecho pues se encuentra relacionado con ese derecho subjetivo.

El actual carácter fragmentario de las normas con respecto a buen gobierno podría ser convertido en algo más sistemático y armonizado como parte de la GALA. Los códigos europeos que hemos discutido arriba pueden servir como una guía útil para la incorporación de éstos aspectos en la GALA.

De esta manera, la combinación de un buen gobierno como un derecho fundamental y un buen gobierno como norma para la administración justifica el equilibrio deseado entre la legislación de seguridad y de justicia.