

Buen gobierno y buena administración *como estándares de diligencia debida para una nueva Constitución*

**Comisión de Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y
Sistema Electoral**

Martes 18 de enero de 2021

Izaskun Linazasoro Espinoza

Académica Depto. Derecho Público
Facultad de Derecho Universidad de Chile
ilinazasoro@derecho.uchile.cl



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

El buen gobierno y la buena administración

1. **Superación del principio de servicialidad.** Finalidad del Estado.
2. **Distinción y su utilidad:** buen gobierno, buena gobernanza y buena administración.
Distinción clásica entre actos o decisiones políticas o de gobierno.
3. **Contenido:** Participación, transparencia, probidad, control y rendición del cuentas, racionalidad, proporcionalidad, eficiencia, eficacia, acceso, responsabilidad.
4. **Estándar de debida diligencia:** prevención y reacción.
 - No es un concepto ajeno a nuestro ordenamiento jurídico.
 - Búsqueda de estándares de conducta.
 - Equilibrio entre seguridad jurídica y adaptación.

4. **Transparencia, probidad y rendición de cuentas:** Expansión a todo ámbito de la función estatal que reciba recursos públicos. Autonomías constitucionales.

5. **La importancia de su consagración:**

- **Situar a la Constitución Política de la República en el mundo**, cumpliendo con los compromisos y estándares adquiridos por Chile. DIDH, Carta Democrática Interamericana, Cartas del CLAD suscritas por Chile, Convención contra la Corrupción de Naciones Unidas.
- **Herramienta adaptativa y prospectiva.** Relevante para de cambios de administraciones o en formación de gobiernos, dependiendo del régimen político que se configure.
- **Regla interpretativa.** Adaptar legislación vigente a la Nueva Constitución.

Buen gobierno y buena administración
como estándares de diligencia debida para una nueva Constitución.

Prof. Izaskun Linazasoro

Magíster (c) en Derecho, mención Derecho Público
Académica Instructora del Departamento de Derecho Público
de la Universidad de Chile
Profesora de Derecho Administrativo UCSH
ilinazasoro@derecho.uchile.cl

1. Introducción.

El inciso 4° del artículo 1° de la Constitución de 1980, se ha impuesto como regla de funcionamiento estatal y en particular ha evolucionado como estándar de intervención administrativa. Lo anterior -debido a su evolución dogmática y jurisprudencial- ha derivado en múltiples interpretaciones al respecto. Por un lado, los intérpretes originalistas señalan que la llamada Cláusula de Servicialidad (Cordero, 2015) proviene de un concepto “ontológico, deontológico” que supone que las personas son anteriores y superiores al Estado, reflejando esto en el concepto de “bien común”, sirviendo como estándar de interpretación finalista para el texto constitucional.

La razón de establecer una regla de objetivos en la Constitución tenía por explícita finalidad señalar que el texto constitucional **no era un cuerpo normativo neutral**, buscando indicar que las intervenciones públicas se basaran en la buena fe del Estado. En la Comisión Ortúzar, se dijo explícitamente que *“este principio es tan trascendental, tan importante que en cierto modo va a proyectar todo el espíritu de la Nueva Constitución en forma que se diga claramente que las autoridades, los órganos del Estado deben actuar de buena fe, aplicar las normas sin violentar el espíritu, la finalidad o el objetivo previsto por el legislador”* (Sesión 51 CENC). En particular, sobre este principio el prof. Soto Kloss señala que la *“Servicialidad del Estado es una noción en perspectiva personalista, no estatista, dinámica y no fosilizada; en apertura humana: para ayudar, para promover, para estimular a las personas en su mayor perfeccionamiento espiritual y material. Y es que jamás puede olvidarse que la Constitución, y especialmente su Bases de la Institucionalidad, está escrita en clave cristiana, de acuerdo con nuestras tradiciones y con nuestra idiosincrasia, en donde todavía resuena con fuerza la voz divina: ‘no he venido a ser servido sino a servir’”* (Soto Kloss, 1995). Si bien Soto Kloss hablaba en esa época de que el principio de servicialidad implicaba la eficiencia, la oportunidad, la proporcionalidad, la idoneidad de las medidas o actos, su razonabilidad, el punto de partida iusnaturalista es incompatible con la existencia de un estado laico. Por lo demás, resuena la idea de que se trata de un principio que no está al servicio del gobierno o de la administración, sino únicamente de los ciudadanos, y en particular desde la visión restrictiva de los derechos en aquella época.

La incorporación del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución y la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (“DIDH”) permitió una interpretación de este principio en clave democrática y social. Así, Pantoja llegó a señalar que esta reforma incorporó *“una norma jurídica de naturaleza substantiva o material que refuerza el sentido del artículo 1° inciso 4°, en cuanto garantiza el respeto a los derechos esenciales de la persona humana, en el contexto, ahora, de la realidad contemporánea, dando una profundidad de perspectiva al constitucionalismo individualista para hacerlo social, (...) conformando una estructuración jurídica de finalidad humanista y solidaria, respetuosa de la sustancialidad de los derechos esenciales por parte de los órganos del Estado”* (Pantoja Bauzá, 1996).

2. Distinción y su utilidad.

Tanto la buena gobernanza como el buen gobierno y la buena administración son términos que se suelen confundir. El buen gobierno hace alusión a la clásica distinción entre gobierno y administración, el primero dirigiendo a la segunda en el servicio objetivo a los intereses generales. Cuando el gobierno ejerce potestades administrativas, todas las consideraciones que se hacen sobre buena administración les son aplicables también. Por lo tanto se trata en realidad de un principio cuyo adjetivo entre gobierno y administración, depende del

régimen de gobierno que se elija. La buena gobernanza alude específicamente a la forma de gobernar más cooperativa en las que los actores públicos y privados participan en la red de formulación y aplicación de las políticas públicas, es un término mucho más utilizado en las ciencias políticas.

Dentro de las exposiciones anteriores se ha comentado que el derecho a una buena administración pública se encuentra consagrado en la Carta de DDFE de la UE, en particular en su artículo 41 y por lo mismo ha sido un concepto más dotado de contenido y desarrollo doctrinario. Pero específicamente, cuando se habla de buen gobierno, la doctrina europea se ha enfocado en las herramientas modernas de gobernanza, como lo son, los gobiernos participativos, transparentes, electrónicos, y la probidad y rendición de cuentas. En tanto, respecto del derecho a una buena administración, abarca -además de las ya mencionadas- herramientas y principios que tienen que ver con la gestión misma, como la eficiencia, la eficacia, el acceso a la administración y los servicios públicos.

3. Definiciones y contenido.

Ahora, en particular el concepto de buena administración viene asociado a un cambio profundo en el entendimiento tradicional del derecho público y de la discrecionalidad administrativa, la cual no puede seguir siendo entendida como una elección entre indiferentes jurídicos. En palabras del profesor Ponce Solé, mayor discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración (Ponce Solé, 2016), o con la idea de que cada vez es más difícil hablar de la actividad administrativa como pura ejecución de la ley. Es posible entenderla como *“la adaptación equilibrada de los medios de la administración pública, que impone una obligación jurídica positiva de ponderación con debida diligencia y debido cuidado”* (Linazasoro, 2018).

En este sentido, corresponde ambos conceptos corresponden a una adecuada ponderación de los principios que rigen al Gobierno y a la Administración del Estado, en superación del principio de legalidad en favor de la participación, transparencia, probidad, control y rendición del cuentas, racionalidad, proporcionalidad, eficiencia, eficacia, acceso, responsabilidad e incluso ecología conforme a la propuesta efectuada por el Contralor en esta misma Comisión semanas atrás.

El derecho a una buena administración ha sido consagrado de forma explícita e implícita en diversos países de la Unión Europea como Italia, Francia, España y Suecia (Ponce Solé, 2019). En el contexto español, si bien la Constitución de 1978 no consagra el derecho a un buen gobierno o una buena administración, su articulado refleja sus valores y principios. Su influencia ha sido especialmente relevante en los Estatutos de Autonomía de Valencia, Cataluña, Baleares, Andalucía y Castilla y León, las cuales han decidido consagrarlos de forma expresa (Escobar, 2018). En Francia, es interesante como su desarrollo dogmático y jurisprudencia derivó en el desarrollo del *“Code des relations entre le public et l’administration”* (De Donno, 2017).

La consagración de esta norma -en particular, de los principios que la componen- no es ajena tampoco al constitucionalismo latinoamericano. Las Constituciones tanto de México, Colombia y Ecuador, consagran los derechos de acceso a la información pública, transparencia, publicidad y participación ciudadana. Más allá, la Constitución mexicana en su artículo 134 señala que *“los recursos económicos se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados”* y la Constitución de Ciudad de México consagra el derecho a una buena administración de forma expresa. Por su parte, la Constitución colombiana en su artículo 365 señala que *“los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente”*. Por último, la Constitución del Ecuador consagra en su artículo 66 N° 25 *“el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”*.

4. Estándar de debida diligencia.

No se trata de un concepto completamente ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. Desde el Código Civil consagra un estándar de diligencia medio, el buen padre de familia. En general un Estado de Derecho busca establecer estándares de conducta.

Y nuestra jurisprudencia lo hace. A falta de un estándar moderno, la Corte Suprema constantemente se encuentra formando o creando test de racionalidad o proporcionalidad para evaluar y controlar las decisiones del gobierno y de la Administración.

En este sentido, el buen gobierno o la buena administración funcionan como un estándar que permite entregar seguridad jurídica, superando la rigidez del principio de legalidad, para dar lugar a la adaptación en la satisfacción de las funciones públicas y las necesidades de las personas. Y de ahí su importancia, funciona como las dos caras de una misma moneda, como herramienta o título de intervención administrativo y como derecho para los ciudadanos y ciudadanas.

5. **Transparencia, probidad y rendición de cuentas.**

Una de las preguntas importantes que surge dentro de las temáticas que aborda esta comisión, es ¿por qué separar buen gobierno de transparencia, probidad y rendición de cuentas, si el primero las contiene? En este sentido quisiera referirme a las exposiciones planteadas por el Consejo para la Transparencia y por doña Valeria Lübbert de Espacio Público en esta misma instancia: nuestra regulación es un piso mínimo. Esta nueva Constitución debiese expandir la aplicación de dichos principios y reglas a todo ámbito de la función estatal que reciba recursos públicos, incluso las autonomías constitucionales. En este sentido, se trata de principios que van más allá del gobierno y que debiese ser aplicables, aún cuando fuese bajo reglas especiales, respecto de todos los órganos del Estado, y de aquellas entidades privadas que cumplen funciones públicas.

6. **La importancia de su consagración.**

Ahora, ¿por que consagrar el derecho a un buen gobierno y/o a una buena administración pública en la Nueva Constitución?

En primer lugar para satisfacer en nuestro catálogo de derechos internos aquellas obligaciones ya contraídas por Chile en los instrumentos internacionales que han sido ratificados y que nos obligan a satisfacer el contenido del derecho a una buena administración pública.

En segundo lugar porque constituye un concepto jurídico abierto lo suficientemente delimitado, que permite como herramienta adaptativa y prospectiva, garantizar la estabilidad de los gobiernos y administraciones públicas, con un mínimo estándar de debida diligencia, a pesar de los cambios normativos que puedan sufrir, a propósito de las coyunturas, ya sean sociales, ambientales, o incluso sanitarias como las tenemos hoy en día. Este punto puede ser especialmente relevante además en épocas de cambios de administraciones o en formación de gobiernos, dependiendo del régimen político que se configure.

Por último, es una regla interpretativa que puede dar coherencia y adaptabilidad al sistema jurídico actual, a la normativa, que va a permanecer vigente bajo la nueva constitución, pero que tendremos que interpretar a la luz de la nueva carta fundamental. Me parece que el derecho a una buena administración entrega herramientas, y una guía de actuación clara, frente a la transición que probablemente viviremos.

Bibliografía

1. BOUSTA, RHITA (2010) *“Essai sur la notion de Bonne Administration en droit public”*. L’Harmattan, París, Francia.
2. CONTESSE, J. (2020) “Derechos Humanos y Nueva Constitución”. En: Lorca, R., Marshall, P., Selamé N., y Guiloff, M. (Ed). *“La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una nueva Constitución”*, Santiago de Chile, La Pollera Ediciones, Pags, 279-295.

3. CORDERO, Luis (2015) “*Lecciones de Derecho Administrativo*”, Thomson Reuters, Santiago de Chile.
4. DE DONNO, Marcia (2017). «The French Conde «Des relations entre le public et l’administration», a new european era for administrative procedure?». *Italian Journal of Public Law*, 9 (2): 220-260
5. ESCOBAR, Guillermo (2018) “Nuevos derechos y garantías de los derechos”, Marcial Pons, Madrid, España.
6. LINAZASORO, Izaskun y Camilo Cornejo (2020) “*El derecho a una buena Administración Pública en las Constituciones a propósito del debate constitucional chileno*”
7. LINAZASORO, IZASKUN (2018a) “El derecho a una Buena administración Pública. Cambios de paradigmas en el derecho administrativo chileno: de las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos”. *Transjus Working Papers Publications*, Universitat de Barcelona, España.
8. LINAZASORO, IZASKUN (2018b) “El derecho a una buena administración pública en Chile”. *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile.
9. MONTT OYARZÚN, SANTIAGO (2011) “Autonomía y responsividad: dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”, Centro de Regulación y Competencia (REGCOM), Santiago, Chile.
10. PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO (1996) “El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
11. PEÑA, C. (2020). “Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional”. Santiago de Chile, Taurus, Penguin Random House.
12. PONCE SOLÉ, JULI (2019) “La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración pública mediante el estándar jurídico de diligencia debida”, *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo (num. 15), España.
13. PONCE SOLÉ, JULI (2016) “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº175. Pags. 57-84.
14. SOTO KLOSS, Eduardo, “La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, Nos. 57/58, Enero – Diciembre de 1995, XXVI Jornadas de Derecho Público, “La servicialidad del Estado”, (Tomo I), Publicación del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.