

BUEN GOBIERNO Y DERECHOS HUMANOS

NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL DERECHO PÚBLICO PARA
FORTALECER LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

Alberto Castro
(Editor)

Auspicio:



Reino de los Países Bajos

Con el apoyo de:



Universiteit Utrecht



Universitat
de Barcelona

TRANSJUS
INSTITUT DE RECERCA, FACULTAT DE DRET



INSTITUTO DE ASUNTOS PÚBLICOS Y BUEN GOBIERNO

FACULTAD
DE DERECHO

 **idehpucp**
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS



PUCP

BUEN GOBIERNO Y DERECHOS HUMANOS

NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL DERECHO PÚBLICO PARA
FORTALECER LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

Alberto Castro
(Editor)

Auspicio:



Reino de los Países Bajos

Con el apoyo de:



Universiteit Utrecht



Universitat
de Barcelona

TRANSJUS

INSTITUT DE RECERCA, FACULTAT DE DRET



INSTITUTO DE ASUNTOS PÚBLICOS Y BUEN GOBIERNO

Buen gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú.
Alberto Castro (editor)

© Alberto Castro, 2014

De esta edición:

© Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014
Avenida Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (511) 626-2000
www.pucp.edu.pe

© Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2014
Calle Tomás Ramsey 925, Lima 17, Perú
Teléfonos: (511) 626-2000 anexo 7500 / 2615859 / 4613433
www.idehpucp.pucp.edu.pe

IDEHPUCP, creado en 2004, es el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

© Instituto de Asuntos Públicos y Buen Gobierno, 2014
Av. 2 de Mayo 516, Oficina 201, Miraflores, Lima 18, Perú
Teléfono: (511) 7073530
www.buengobierno.pe

Primera edición: abril de 2014
Tiraje: 100 ejemplares

Diseño e impresión: Industria Grafica Cimagraf S.A.C.
Psje. Santa Rosa 220 – Ate / Central Telefónica: 630-3838

Corrección de estilo: José Alejandro Godoy

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2014-04351
ISBN: 978-612-4206-34-4

La presente publicación ha contado con la colaboración de un equipo conformado por Fernando Lozada Calderón, Mayté Chumberiza Tupac Yupanqui, Gonzalo Monge Morales, Fabiola Gutiérrez Arce y Chiara Marinelli.

Se contó con el apoyo de la Embajada del Reino de los Países Bajos en el Perú, el mismo que ha hecho posible la presente publicación.

ÍNDICE GENERAL

Índice General.....	5
Reseña de Autores.....	9
Presentación.....	13

Primera Parte:

Buen gobierno, derechos humanos y tendencias innovadoras en el derecho público

Introducción: Buen gobierno, derechos humanos y tendencias innovadoras en el derecho público.

Alberto Castro.....17

Three legal dimensions of good governance. Some recent developments.

G.H. Addink.....23

Los principios de buen gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

César Landa Arroyo.....47

Segunda Parte:

Principios de buen gobierno, derechos humanos y legitimidad de la actuación administrativa

The role of national human rights institutions in human rights protection and promotion, good governance and strengthening the democratic rule of law.

Linda C. Reif.....65

El derecho a la buena administración y la calidad de las decisiones administrativas.

Juli Ponce Solé.....85

Principios de buen gobierno en el derecho administrativo peruano y legitimidad de la actividad administrativa.	
<i>Jorge Danós Ordóñez</i>	121

El buen gobierno en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su relevancia para el Estado Peruano.	
<i>Elizabeth Salmón</i>	131

Tercera Parte:

Buen gobierno, transparencia y políticas contra la corrupción

Transparency and opacity in the United Nations Convention Against Corruption.	
<i>Radha Ivory</i>	147

Las implicancias del buen gobierno en material penal: Políticas anti-corrupción y el deber positivo del Estado de investigar, perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos.	
<i>John Vervaele</i>	169

Sobre la legitimación constitucional del ombudsman peruano para enfrentar el fenómeno de la corrupción en la administración pública y un ejemplo paradigmático de su praxis.	
<i>Eduardo Luna Cervantes</i>	199

Buen gobierno, gobernabilidad, corrupción e impunidad: Relaciones y superación del círculo vicioso.	
<i>Yván Montoya Vivanco</i>	209

Cuarta Parte:

Principios de buen gobierno y reforma del sector público

Reforma del Estado para el buen gobierno. <i>Henry Pease García</i>	219
Buen gobierno, rendición de cuentas y mecanismos de control a los gobiernos regionales. <i>Johnny Zas Friz Burga</i>	223
El derecho a la participación ciudadana como componente de la actuación del Estado. <i>Hugo León Manco</i>	231
Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: Un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno. <i>Alberto Castro</i>	243

RESEÑA DE AUTORES

G.H. Addink. Doctor en Derecho Administrativo y profesor de Derecho Administrativo Comparado y Buen Gobierno de la Universidad de Utrecht (Holanda). Es experto en Derecho Administrativo Comparado, Derecho Ambiental y Derecho del Ombudsman. Ha sido consultor en diversas instituciones como el Ministerio de Asuntos Ambientales y la Corte de Cuentas del Reino de los Países Bajos. Ha desarrollado como línea de investigación la dimensión jurídico-constitucional del buen gobierno y su vinculación con temas de regulación y enforcement. Es profesor visitante en la Universidad de Oxford, así como en diversas universidades de Europa, América y Asia. (e-mail: g.h.addink@uu.nl)

Alberto Castro. Master (LM) en Derecho Público Comparado y Buen Gobierno por la Universidad de Utrecht (Holanda). Investigador del Instituto de Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad de Utrecht y candidato a PhD por la misma casa de estudios. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Docente del Departamento de Derecho de la PUCP. Coordinador del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno de la Facultad de Derecho de la PUCP. Especialista en aspectos jurídicos del buen gobierno y diseños legales para la reforma y modernización del Estado. Experto en el análisis de políticas públicas bajo el enfoque de derechos. (e-mail: cdcastro@pucp.edu.pe / a.castro@uu.nl)

Jorge Danós Ordoñez. Estudios de Doctorado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor principal de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo - FIDA. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación – ASIER. Miembro honorario del Instituto Chileno de Derecho Administrativo y del Instituto Mexicano de Derecho Administrativo. Socio del Estudio Echecopar Abogados, asociado a Baker & McKenzie International. (e-mail: datit@terra.com.pe)

Johnny Zas Friz Burga. Doctor en Derecho Público por la Universidad de Bolonia (Italia). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y docente del Departamento de Derecho en la misma casa de estudios. Ha sido coordinador del Programa de Descentralización y Buen Gobierno de la Defensoría del Pueblo de Perú. Ha sido consultor de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), del Congreso de la República, del Consejo Nacional de Descentralización (CND), así como del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo. Actualmente, es asesor de la Municipalidad Metropolitana de Lima. (e-mail: jzasfris@pucp.edu.pe)

Radha Ivory. Doctora en Derecho por la Universidad de Basilea (Suiza). Obtuvo la mención de summa cum laude por su tesis doctoral, la cual es la base de su próxima publicación: *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights*

of Bad Guys (Cambridge University Press, 2014). Es docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Queensland (Australia). Es además consultora senior en el Basel Institute on Governance (Suiza). Sus temas de investigación académica se centran en las áreas de Justicia Penal Transicional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Gobernanza. (e-mail: r.ivory@law.uq.edu.au)

César Landa Arroyo. Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares de España. Realizó sus estudios de Post Doctorado en la Universidad de Bayreuth y el Max Planck Institute de Heidelberg (Alemania). Actualmente es Decano y profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). En el 2003 fue designado por el Estado Peruano como Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. (e-mail: clanda@pucp.edu.pe)

Hugo León Manco. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master (MSc) in Public Policy & Programme Management por la Universidad de Bradford (UK) y docente del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno de la Facultad de Derecho de la PUCP. Ha sido investigador visitante del Centro para el Desarrollo y Ambiente de la Universidad de Oslo. Coordinador del Área de Políticas Públicas y Programas de Gestión del Instituto de Asuntos Públicos y Buen Gobierno. (e-mail: leon.ha@pucp.edu.pe)

Eduardo Luna Cervantes. Abogado por la Universidad de Lima (Perú). Diplomado en Estudios Avanzados Europeos por la Universidad Autónoma de Madrid y candidato a doctor en derecho por dicha casa de estudios. Diplomado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Es jefe del Programa de Ética Pública, Prevención de la Corrupción y Políticas Públicas de la Defensoría del Pueblo del Perú. (e-mail: eluna@defensoria.gob.pe/eduardolunacer@yahoo.com)

Yván Montoya Vivanco. Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). Estudios de posgrado en el Instituto Internacional de Derechos Humanos René Cassin de Estrasburgo (Francia). Profesor asociado de Derecho Penal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido coordinador del Proyecto Anticorrupción del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP – IDEHPUCP y actualmente es asesor del mismo. (e-mail: ymontoy@pucp.pe)

Henry Pease García. Doctor en Sociología por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y profesor principal del Departamento Académico de Ciencias Sociales de la PUCP desde 1987. Ha sido Presidente del Congreso de la República (2003 – 2004), el cual integró en cuatro períodos desde 1993 hasta 2006. Actualmente, es Director de la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. (e-mail: hpease@pucp.edu.pe)

Juli Ponce Solé. Doctor en derecho y profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, donde fue Vicedecano de Relaciones Institucionales entre los años 2008 y 2012. Ha sido director de la Escuela de Administración Pública de Cataluña y profesor visitante en las universidades estadounidenses de Denver, Georgia State, Nova Southeastern, Tulane y en la inglesa de Sheffield. Es miembro del European Group of Public Law. Sus líneas de investigación son el Derecho Administrativo (con especial atención en el derecho a una buena administración), el Derecho Urbanístico y el Derecho de la Vivienda. (e-mail: jponce@ub.edu)

Linda C. Reif. Master en Derecho (LLM) por la Universidad de Cambridge (UK). Ex vicedecana y CN Professor de Derecho Comercial Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alberta (Canadá). Ha realizado numerosas investigaciones y publicaciones sobre el rol que desempeñan las instituciones nacionales de protección de los derechos humanos así como sobre la institución del ombudsman. Ha sido Editora de Publicaciones del International Ombudsman Institute. Entre sus diversas publicaciones destaca *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System* (2004). Es experta en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Público, Derecho del Ombudsman y Derecho Comercial Internacional. (e-mail: lreif@ualberta.ca)

Elizabeth Salmón. Profesora principal de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Directora del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP) y de la Maestría en Derechos Humanos. Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Sevilla (España). Es autora de varias publicaciones en Derecho internacional público, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho penal internacional, Derecho internacional humanitario y Justicia transicional. Ha sido consultora en los Ministerios de Justicia y de Defensa del Perú, así como de la Comisión de la Verdad y Reconciliación peruana, de las Naciones Unidas y del Comité Internacional de la Cruz Roja. Además es profesora visitante de la Universidad de Burdeos (Francia) y de la Universidad Externado de Colombia, y profesora invitada al curso anual del Institut des droits d l'homme (Francia, 2013). (e-mail: esalmon@pucp.edu.pe)

John Vervaele. Profesor de Derecho Penal Económico y de Derecho Penal Europeo de la Universidad de Utrecht. Ha sido vice decano y director de investigaciones de la Escuela de Derecho (2004-2010), así como Vicepresidente de la Universidad de Utrecht para América Latina (2007-2010). Es fundador del Centro para la Aplicación del Derecho Europeo de la Universidad de Utrecht. Actualmente, es Vice-presidente y director del Comité Científico de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). (e-mail: j.a.e.vervaele@uu.nl)

PRESENTACIÓN

Los artículos contenidos en la presente publicación están basados en las ponencias presentadas en la Conferencia Internacional “Buen gobierno y derechos humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú”, realizada en la ciudad de Lima el 5 de diciembre de 2012.

La conferencia fue organizada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y la Facultad de Derecho, Economía y Gobierno de la Universidad de Utrecht (Holanda), en el marco del convenio de cooperación académica suscrito por ambas instituciones. La coordinación general del evento estuvo a cargo del Instituto de Asuntos Públicos y Buen Gobierno. Se contó además con el apoyo académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (España). Asimismo, se contó con el auspicio del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP) y de la Embajada del Reino de los Países Bajos en el Perú.

El evento reunió a un importante grupo de especialistas nacionales y extranjeros, quienes reflexionaron en torno a cuatro temas generales: las tendencias innovadoras en el derecho público; la legitimidad democrática de la actuación administrativa del Estado; el principio de transparencia y la lucha contra la corrupción; y, la reforma y modernización del sector público. El eje articulador de las reflexiones fue la perspectiva jurídica del buen gobierno y los derechos humanos, en el contexto de los nuevos mecanismos de regulación y gobernanza que surgen en el derecho público en respuesta a las exigencias de la sociedad moderna y a la búsqueda de calidad como fuente de legitimación del Estado.

Cabe resaltar que la conferencia inauguró el convenio de cooperación entre nuestras casas de estudio. Como actividad, forma parte un proyecto más amplio en torno al cual la PUCP y la Universidad de Utrecht venimos uniendo esfuerzos con el fin de contribuir, desde la academia, con el desarrollo de capacidades en los ámbitos individual, institucional y social, para promover el buen gobierno y la ética en el sector público. Es así que en ella se presentó oficialmente el Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno, el cual ha sido desarrollado en el marco de la relación de cooperación. Es como responsable del proyecto y coordinador académico del Programa que asumo con entusiasmo la edición de este libro de ponencias, cuya publicación quedó a cargo de la Facultad de Derecho de la PUCP y del Instituto de Asuntos Públicos y Buen Gobierno.

La presente publicación tiene como objetivo incentivar la reflexión sobre el desarrollo

de nuevos enfoques doctrinarios para analizar la funcionalidad de las instituciones del derecho público, en especial las jurídico-administrativas, desde una nueva perspectiva. Se busca aportar a la mejora del marco jurídico-institucional del país, con el fin de fortalecer la legitimidad de la actuación de la administración pública y brindar soporte jurídico a las políticas de modernización que se vienen impulsando desde el lado de la gestión. A la base de ello, se encuentra la búsqueda de un Estado eficaz y eficiente, transparente, que respete los derechos de los ciudadanos y que brinden servicios de calidad. De esta manera esperamos contribuir desde el derecho con la implementación de las reformas de segunda generación que requiere la consolidación de nuestro proceso de desarrollo.

Este libro es el resultado de un esfuerzo colectivo en el que han participado varias personas. En este sentido quisiera agradecer en primer lugar al profesor Henk Kummeling, Decano de la Facultad de Derecho, Economía y Gobierno de la Universidad de Utrecht, a Michiel van de Kasteelen, al profesor Henk Addink y al profesor Leo Zwaak. A Ellen Roof de la Embajada del Reino de los Países Bajos en el Perú. A la Doctora Mónica Navarro, Vicedecana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y al profesor Juli Ponce Solé. Al doctor Walter Albán, ex Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP con quien dimos los primeros pasos en la relación de cooperación entre nuestras universidades. Al doctor César Landa, actual Decano de la Facultad de Derecho, al doctor Guillermo Boza, Jefe del Departamento Académico de Derecho, al doctor Raúl Solórzano, Director de Estudios y al Ing. Jaime Peña. Del IDEHPUCP, al doctor Salomón Lerner Febres y a la doctora Elizabeth Salmón, así como a Renata Bregaglio y a Patricia Barrantes. A Tatiana Balbuena Cotlear del Instituto de Asuntos Públicos y Buen Gobierno; y a María Pasamar Herranz.

También quiero agradecer a los especialistas nacionales y extranjeros por acompañarnos en la conferencia y por sus contribuciones en el presente volumen. Asimismo, agradecer a Fernando Lozada Calderón, Mayte Chumberiza Tupac Yupanqui, Gonzalo Monge Morales, Fabiola Gutiérrez Arce y Chiara Marinelli por su colaboración en el proceso de edición de esta entrega.

Finalmente, quiero agradecer de manera especial a la Embajada del Reino de los Países Bajos en el Perú por su invaluable apoyo y su confianza en el proyecto. Sin él, la presente publicación, y la aventura intelectual emprendida a favor del buen gobierno y los derechos humanos, no hubiera sido posible.

Alberto Castro
Editor
Utrecht, 2014

PRIMERA PARTE

**BUEN GOBIERNO, DERECHOS HUMANOS Y TENDENCIAS INNOVADORAS EN
EL DERECHO PÚBLICO**

INTRODUCCIÓN: BUEN GOBIERNO, DERECHOS HUMANOS Y TENDENCIAS INNOVADORAS EN EL DERECHO PÚBLICO

*Alberto Castro**

El Perú es un país que se encuentra atravesando por un proceso de consolidación democrática y de gran impulso en su desarrollo socio-económico. Sin embargo, uno de los principales problemas que afronta este proceso está relacionado con la debilidad de nuestras instituciones, altos índices de corrupción y la falta de eficiencia de la administración pública.

Han sido ampliamente diagnosticados como males característicos de nuestra administración pública la lentitud e indolencia de la burocracia, el mal trato al ciudadano y las deficiencias relacionadas con la multiplicidad de trámites administrativos, cobros injustificados y el incumplimiento de plazos. Nuestra administración presenta problemas de gestión a nivel central, regional y local. Punto aparte merece el problema de la corrupción que aqueja a nuestras instituciones públicas y que se presenta como uno de los males endémicos de nuestra sociedad.¹ Cuando el Estado no cumple adecuadamente con garantizar la prestación de servicios básicos de calidad, cuando las políticas públicas en educación, salud o seguridad no son implementadas eficientemente, el Estado se deslegitima. Por ello una administración que no funciona debilita a los gobiernos y afecta al sistema democrático.

De otro lado, debe señalarse que la rápida sucesión e interrelación de fenómenos como el proceso de globalización y la emergencia de la sociedad de la información y el conocimiento, están conduciendo al establecimiento de nuevas formas de intervención gubernamental y al cambio de la concepción de la relación entre el Estado y los ciudadanos, los agentes económicos y las organizaciones. Estos fenómenos no son indiferentes para la administración pública contemporánea que ha experimentado una serie de transformaciones que han modificado su estructura, competencias y funciones. Es así que, desde finales de la década de los 70 e inicios de los 80 del siglo pasado, la administración pública viene atravesando por una serie de procesos de modernización, expresados en un conjunto de técnicas de

* Coordinador del Programa de Segunda Especialidad de Derecho Público y Buen Gobierno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador y candidato a PhD por la Universidad de Utrecht.

1 Al respecto ver la Octava Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción en el Perú 2013, elaborada por Ipsos Apoyo a solicitud de Proética. Disponible en: <http://www.proetica.org.pe/viii-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2013/>. También ver el Informe Latinobarómetro de 2013. Disponible en: http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_INFORME_LB_2013.pdf

gestión que van desde el *New Public Management* hasta el Estado Neo-Weberiano.²

Estos fenómenos tampoco son indiferentes para el derecho en general, y el derecho público en particular, que ha debido ensayar nuevas formas de regulación y dirección vinculadas a la intervención administrativa en las actividades económicas, las relaciones de cooperación público-privadas, los mecanismos de control, supervisión y sanción de la administración pública, la redefinición de instrumentos para garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos y la protección del interés general, entre otros. Estos ámbitos de intervención invitan a reflexionar sobre el desarrollo de nuevos enfoques en la dogmática jurídico-administrativa y la necesidad de adaptar los principios, técnicas y teorías generales del derecho público a las exigencias de la sociedad moderna.³ Ello requiere nuevas perspectivas, enfoques, procedimientos de toma de decisiones, estructuras y formas de acción.⁴ En este contexto emergen los conceptos de gobernanza, buen gobierno y buena administración, brindando nuevas perspectivas en el derecho público para el desarrollo de marcos regulatorios que respondan a la evolución de nuestras sociedades y de la administración pública moderna.⁵

A la base de ello, se encuentra la búsqueda de instrumentos jurídicos que permitan garantizar la eficiencia, eficacia y transparencia del Estado, la participación, la rendición de cuentas, la calidad de los servicios públicos y el respeto de los derechos ciudadanos. La idea central de estos nuevos desarrollos en el derecho público y, en particular, en el derecho administrativo, es la búsqueda de calidad (como complemento de la legalidad) como forma de legitimación de la actuación de los poderes públicos.⁶

Ello nos reconduce a las nociones de buen gobierno y derechos humanos, que son el hilo conductor de las reflexiones que presentamos en esta publicación. El buen gobierno y los derechos humanos son dos aspectos fundamentales para el adecuado funcionamiento del Estado y de la sociedad en su conjunto. De hecho, se considera que ambos conceptos están interrelacionados. Sin ellos, tanto los derechos e intereses de los ciudadanos así como

2 William N. Dunn and David Y. Miller. "A critique of the New Public Management and the Neo-Weberian State: Advancing a critical theory of administrative reform", en: *Public Organization Review*, Vol. 7, 2007, pp. 345-358.

3 Sobre el particular, ver por ejemplo, la obra de Eberhard Schmidt-Assmann con relación a sus postulados sobre la Nueva Ciencia del Derecho Administrativo en: Eberhard Schmidt-Assmann. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003. Ver también la obra de Javier Barnes en: Javier Barnes (Ed). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2006.

4 Luciano Parejo Alfonso. *Crisis y renovación en el derecho público*. Lima: Palestra Editores, 2008, p. 58.

5 Ver los artículos de Henk Addink, Juli Ponce Solé y Alberto Castro en este libro.

6 Al respecto: Mathias Ruffert (Ed). *The transformation of administrative law in Europe*. Munich: European Law Publishing, 2007; K.J. de Graaf, et. al (Ed). *Quality of decision-making in public law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2007; Juli Ponce Solé. "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones", en: *Revista de Administración Pública*, Núm. 162, septiembre-diciembre 2003, pp. 89-144. También puede consultar la contribución de Juli Ponce Solé en el presente volumen.

los intereses de la colectividad son difíciles de garantizar de manera estructural. Por ello, diversos autores sostienen que en democracias en vías de consolidación, el respeto de los derechos humanos y la implementación de principios de buen gobierno pueden ser dos factores determinantes para el fortalecimiento del Estado de derecho la sostenibilidad al proceso de desarrollo.⁷

Siendo así, la pregunta central que se plantea en este libro es en qué medida el desarrollo de instrumentos de derecho público, desde la perspectiva jurídica del buen gobierno y de los derechos humanos, puede contribuir a fortalecer la legitimidad administrativa del Estado a través de la mejora del funcionamiento del aparato estatal como medio para fortalecer la democracia, el Estado de Derecho y el sistema político en su conjunto. Y es que en un Estado social y democrático de derecho, la administración es pieza fundamental para garantizar la calidad de vida así como los derechos e intereses de los ciudadanos. Es herramienta para la solución de problemas, para la transformación de la sociedad, para la viabilidad del sistema político. Sin embargo, la naturaleza monopólica del Estado, es decir, el hecho de que los ciudadanos tengamos que recurrir al Estado cuando requerimos cierto tipo de bienes y/o de servicios, hace muchas veces que la administración estatal carezca de los incentivos necesarios para que sea ella misma la que mejore la calidad de su actuación.⁸

En las reformas para el desarrollo, fuerte énfasis se otorga al diseño de marcos regulatorios que sirvan de parámetro y den sentido a la actuación del Estado. Como se verá en los artículos que siguen a continuación, varios de los autores afirman que el buen gobierno es alcanzado mediante la correcta actuación de cada uno de los poderes públicos y en particular de la administración. Es así que el concepto de buen gobierno presenta una dimensión jurídica vinculada a principios, estándares, procedimientos y prácticas para asegurar el adecuado ejercicio del poder y el proceso de toma de decisiones. Por tanto, desde una perspectiva jurídica, el buen gobierno se conceptualiza como con valor fundamental o un principio de raigambre constitucional fundado en los valores que inspiran el Estado democrático de derecho.⁹ Es también entendido como un enfoque o un método de regulación vinculado estrechamente al concepto de gobernanza. Dentro de esta perspectiva el derecho público es un mecanismo de dirección de la actuación del Estado.¹⁰

7 G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*. SIM Special N° 34. Utrecht: Utrecht University, 2010, p. 9.

8 Beatriz Boza Dibos. *Sistemas de gestión interna*. Lima: CAD, 2011, p. 17.

9 G.H. Addink. "Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law", en: Deirdre M. Curtin and Ramses A. Wessel (Eds). *Good governance and the European Union. Reflections on concepts, institutions and substance*. Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2005, p. 33 y ss. También ver el artículo de Henk Addink en el presente volumen, así como los artículos de Juli Ponce Solé y Alberto Castro.

10 Eberhard Schmidt-Assmann. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 27 y ss; Mathias Ruffert. "The transformation of administrative law as a transnational methodological project", en: Mathias Ruffert (Ed). *The transformation of administrative law in Europe*. Munich: European Law Publishing, 2007.

La presente publicación se estructura en cuatro partes generales: I) buen gobierno, derechos humanos y tendencias innovadoras en el derecho público; II) Principios de buen gobierno, derechos humanos y legitimidad de la actuación administrativa; III) Buen gobierno, transparencia y políticas contra la corrupción; y, IV) principios de buen gobierno y reforma del sector público.

En la primera parte se enmarcan los conceptos de buen gobierno y derechos humanos en el contexto de los nuevos mecanismos de dirección, regulación y gobernanza que surgen en el derecho público en respuesta a las exigencias de la sociedad moderna y a la evolución misma del derecho. Es así que luego de definir brevemente el objeto de las reflexiones que guían el libro, en el siguiente artículo Henk Addink desarrolla la noción de buen gobierno como concepto jurídico, a partir de los tres niveles o dimensiones en los que se ha desarrollado este concepto y a las que denomina: la meta dimensión, la macro dimensión y la micro dimensión. A nivel macro el buen gobierno es definido como un valor fundamental en conexión con el principio Estado de derecho y el principio democrático. Seguidamente, César Landa a través de un análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, nos demuestra con claros ejemplos jurisprudenciales cómo se han venido desarrollando los principios de buen gobierno en nuestro ordenamiento jurídico como principios constitucionales.

La segunda parte del libro se centra en el análisis del buen gobierno y los derechos humanos como instrumentos de legitimación de la actuación administrativa del Estado. Es así que Linda Reif explora los caminos mediante los cuales las instituciones nacionales de derechos humanos contribuyen a promover el buen gobierno y la buena administración a partir de su capacidad para actuar como mecanismos de control y rendición de cuentas (horizontal y vertical). Por su lado, Juli Ponce Solé se ocupa del concepto jurídico de buena administración y de cómo se conecta con las nociones de calidad y legitimidad administrativa. Expone las distintas técnicas jurídicas que pueden potenciarla y hace un repaso de las garantías que el moderno Derecho Administrativo puede aportar en dicha dirección.

A continuación, Jorge Danós Ordóñez detalla cómo los principios de buen gobierno y de buena administración forman parte de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo al haber sido incorporados en diversas normas. Es así que los referidos principios se encuentran desarrollados en tres grupos de normas administrativas: la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, las normas que regulan el régimen organizativo y de funcionamiento de las entidades de la administración pública en los tres niveles territoriales de gobierno; y en las normas que regulan el régimen del personal al servicio del Estado, en particular en el Código de ética de la función pública. Finalmente, Elizabeth Salmón analiza

el vínculo que existe entre el buen gobierno, el Estado democrático de derecho y la lucha contra la impunidad a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cómo es que dicha relación determina estándares de actuación para los Estados, enfocándose en el caso peruano.

La tercera parte presenta reflexiones en torno a la importancia de la transparencia, como principio del buen gobierno, en la lucha contra la corrupción. Al respecto, Radha Ivory analiza el rol del principio de transparencia en materia anticorrupción, a partir de las disposiciones contenidas en la Convención Contra la Corrupción de las Naciones Unidas. Concluye señalando que, no obstante la importancia del principio de transparencia como estrategia regulatoria en la lucha contra la corrupción, la opacidad de algunas disposiciones de la Convención podría dificultar dicha tarea. No obstante, el gran valor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción reside en el consenso internacional sobre los perjuicios que causa la corrupción y la necesidad de mayor transparencia como forma de combatirla; proveyendo el estímulo para encaminar reformas de marcos regulatorios en dicha dirección.

Posteriormente, John Vervaele aborda las implicancias del buen gobierno en materia penal y su relación con el deber positivo del Estado de investigar, perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, se centra en determinar en qué medida los delitos internacionales, recogidos en el Derecho Internacional Público, podrían tener alguna injerencia en el derecho interno, y como este fenómeno se relacionaría con el buen gobierno en materia penal. De otra parte, Eduardo Luna desarrolla una línea argumentativa a favor de la legitimación del ombudsman peruano para enfrentar el fenómeno de la corrupción a partir de la vinculación entre los principios de buen gobierno y de derechos humanos. Resalta la importancia de los principios de transparencia y *accountability*, y se adentra en la problemática de la corrupción en los programas sociales. Esta sección cierra con el artículo de Yván Montoya quien nos presenta la relación entre los conceptos de buen gobierno, gobernabilidad y corrupción. Desarrolla un análisis sobre las implicancias que dichas nociones tienen para el desarrollo del sistema penal anticorrupción, así como sobre los retos y desafíos que afronta dicho sistema.

En la cuarta parte del libro se reflexiona sobre el rol de los principios de buen gobierno como orientadores del proceso de reforma y modernización del sector público. En el primer artículo, Henry Pease aborda el tema de la reforma del estado desde el ámbito de las políticas públicas haciendo énfasis en los principios de transparencia y participación. En seguida, Johnny Zas Friz Burga analiza el concepto del buen gobierno en el contexto del proceso de

descentralización y de los mecanismos de democracia directa. Luego de ello, se detiene en el principio de rendición de cuentas como principio de gestión en los gobiernos regionales para a continuación centrarse en el análisis específico de los mecanismos de control a estas instancias de gobierno. En el tercer artículo Hugo León examina el contenido jurídico del principio de participación a la luz de diversos instrumentos internacionales, para luego determinar cómo dicho principio contribuye a la actuación del Estado. Finalmente, describe cómo el principio de participación se encuentra recogido en nuestro ordenamiento jurídico. En la última entrega del presente volumen se desarrolla el concepto de buen gobierno y de su contenido normativo, y se establece la relación entre dicho concepto, el desarrollo de marcos regulatorios y el principio de buena administración. Adicionalmente, se reflexiona sobre el carácter de las normas de buena conducta administrativa como normas de soft-law en relación con los principios de legalidad y eficacia. Como punto final, se analiza el rol de la institución del ombudsman en el desarrollo de normas de buena conducta administrativa.

De la lectura de los artículos puede arribarse a tres conclusiones generales. La primera conclusión es que la interacción entre los principios de buen gobierno y los derechos humanos ofrece la posibilidad de desarrollar marcos regulatorios, o formas de gobernanza, más flexibles que los métodos tradicionales de regulación inspirados en la fórmula de “comando y control”.¹¹ Una segunda conclusión es que el “buen gobierno” es un concepto que, como ya ha sido advertido en la literatura comparada, aún se presenta esquivo. Su contenido y alcances jurídico-normativos requieren ser definidos, en fondo y forma. No obstante ello, resulta evidente que no son menores las implicancias que tiene para la ciencia del derecho. Con relación a esto último, la tercera conclusión es que el buen gobierno, sea conceptualizado como método regulatorio, como valor expresado en un conjunto de principios o como principio de rango constitucional, ofrece un nuevo paradigma en el derecho público. Este se caracteriza por la búsqueda de la calidad en las actuaciones de los poderes públicos y el adecuado ejercicio de la discrecionalidad. Y tiene su mejor expresión en el principio/derecho a una buena administración. Es por eso que, al igual que De Búrca, considero que la perspectiva jurídica del buen gobierno representa un desafío para nuestro entendimiento del derecho, el constitucionalismo y la democracia.¹²

Dicho esto, quisiera finalizar señalando que el fortalecimiento y la calidad de nuestras instituciones resulta fundamental para legitimar nuestro sistema democrático y darle sostenibilidad a nuestro proceso de desarrollo en un marco de respeto a los derechos humanos. Consolidar una buena administración que asegure el buen gobierno para fortalecer nuestra democracia, es el reto que enfrentamos hoy como sociedad.

11 Grainne De Búrca and Joanne Scott. “Introduction: New governance, law and constitutionalism”, en: Grainne De Búrca and Joanne Scott. *Law and New Governance in the UE and the US*. Portland: Hart Publishing, 2006, pp. 2-5.

12 Ibid.

THREE LEGAL DIMENSIONS OF GOOD GOVERNANCE. SOME RECENT DEVELOPMENTS

*G.H. Addink**

1. Introduction

Good governance is part of the concept of the modern state. Good governance is rather new and has developed concurrently with and subsequently to the rule of law and democracy. Good governance is also a process; a process of continual rethinking of legitimacy in which several principles set the standard. These principles of good governance are properness, transparency, participation, effectiveness, accountability, and human rights. These principles are articulated as a reaction on malfunctioning of the state's institutions. For that reason, other principles might come into play later, though we do not know yet.

1.1 Need for good governance

Before continuing this introduction on good governance we have to answer the question: why is good governance needed? We mentioned already the malfunctioning of the state's institutions but there are more reasons:

- The problem of the fragmentation of legal norms so that the ideas of legal certainty and equality are often not reachable;
- There is a need for good governance norms for new independent administrative authorities because of the risk of uncontrolled execution of powers;
- The complexity of the society needs a high qualified administration which has an open view to the society;
- There should be an interlink between the norms of the review makers like judiciary and ombudsman-institutions and the regulators; and
- The best approach against corruption and maladministration is the development of norms that could prevent it.

In Europe, the rule of law started developing in the nineteenth century, as democracy did in the twentieth century. Both developments have already known aspects of good governance.

* Professor on Administrative Law and Good Governance at Utrecht University.

** Thanks to my student assistant Mariëtte D.C. van der Tol for her critical remarks and constructive suggestions on the draft version.

But it is the twenty-first century that will witness maturing principles of good governance.¹

In relation to the described developments, two remarks have to be made. First is the fact that the time schedule of these developments differ per country and that some aspects of it receive more attention as to specific circumstances and institutional performance. Second is that the rule of law, democracy, and good governance have all legal connotations which are also intertwined.

1.2. A legal concept with non-legal aspects

Still, the concept of good governance is not a purely legal concept. Several academic disciplines are involved, whether interdisciplinary or not, in the study of good governance. Recently, I have written an article on interdisciplinarity between social science, economics, and law.² For example, some social science researchers are occupied with a value charged approach to good governance. As to economics, mainly social economics are involved in the development of good governance. In the following, I elaborate upon the role of the legal disciplines. As all three disciplines overlap considerably, an integral interdisciplinary approach is needed to pursue further development of good governance.

As to the legal discipline three approaches are distinguished, which are the classical, the instrumental, and the conceptual approach. Especially the conceptual approach is interesting when discussing good governance. This piece is to elaborate upon this and explain the three legal dimensions of good governance. These dimensions refer to the degree of abstractness of legal norms. The three dimensions are the meta conceptual, the macro regulation, and the micro review.³

1.2.1. The meta-conceptual dimension of good governance

The meta-conceptual dimension is the most abstract, the typical academic dimension which can be seen as a basic and fundamental normative framework also for the legal work in practice. It is in this dimension the relation between good governance, the rule of law, and democracy can be recognized. This relation concerns concepts, and some specific aspects. Legality, legitimacy, and respect for human rights illustrate the relation between the rule of

1 G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*. SIM Special N° 34. Utrecht: Utrecht University, 2010, p. 4; G.H. Addink. *Good Governance: Concept and Context* (to be published), p. 2; presentation J. Ponce, slide 1: preliminary ideas: the 21st century as the century of the good administration.

2 G.H. Addink. "Governance and norms: an interdisciplinary approach of good governance". (Draft-version). In: *Law and Governance* (foreseen 2013); G.H. Addink. *Goed Bestuur (Good Governance)*. Inaugural lecture at Utrecht University. Published as: G.H. Addink. *Goed Bestuur*. Deventer: Kluwer, 2010, chapter 5, p. 19 ff.

3 G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*, p. 10.

law, democracy, and good governance. On both topics important discussions are going on in France.⁴

The first conceptual topic in the discussion is: what should be the consequences of the concept of good governance for the national legal system in general and the application of the principle of legality in particular on one side and the development of a subjectification of the French case law on the other side.⁵ R. Boustia has written in her PhD-study '*Essai sur la notion de bonne administration en droit public*'⁶ about the enrichment of the concept of legality based on the notion of '*la bonne administration*'. One of the elements in this context is the enhancement of effectiveness.⁷ In her thesis she makes links with the legal systems in the United Kingdom and Spain.

The second topic is concerned with good governance in the (administrative) review context where the discussion is: should the focus on the protection of subjective rights of the citizens or on the promotion of the objective norms?⁸ To date, the focus has been on the general interest as an objective norm and including the rigid legality approach.⁹ Good governance is according to M. Runavot a general principle of law and article 41 of the EU Charter on fundamental rights should be seen as the final step in the completion of fundamental rights and obligations of human beings. Seiller speaks about the process of subjectification of administrative litigation. Important in this discussion is to understand the legal autonomic character of good governance in the state which will be operated by the instrument of administrative citizenship. The formalisation of a right to good governance assures the modernisation of administrative law and the administration by legal means.

1.2.2. The macro regulations dimension of good governance

The macro regulations dimension concerns the codification of good governance in for example a Constitution, or a framework law of the central legislator. They mostly refer to the principles of properness, transparency, and accountability. Peru for example has a

4 J.M. Sauvé. L'avenir du modèle français de droit public en Europe, Colloque Conseil d'État. Vendredi 11 mars 2011. Available at : <http://chairemadp.sciences-po.fr/pdf/COLLOQUE/Intervention%20l-avenir%20du%20mod-le%20fran-ais%20VD%20-2-.pdf>.

5 L'arrêt Perreux du 30 octobre 2009. In France three PhD-studies on good governance have been published: N. Marty. *La notion de la bonne administration. A la confluence des droits européens et du droit administratif français*. Montpellier 2007; J. Lassalle. *Le principe de bonne administration en droit communautaire*. Paris-2 2008; R. Boustia, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. Paris, 2010.

6 R. Boustia. *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. Paris, 2010. Seconde partie titre 2.

7 Ibid, pp. 431-456.

8 M. Runavot. "La bonne administration: consolidation d'un droit sous influence Européenne", in: *RFDA*, mars-avril 2010, pp. 395-404.

9 B. Seiller. "La renouvellement dans l'application du principe du légalité", in: *La subjectivisation du contentieux administrative*. Université Pantheon – Assas Paris II, par. II, 14 march 2011; B. Seiller. *Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux*, in *Les droits publics subjectifs des administrés*. Colloque de l'AFDA. Bordeaux, 2010, Litec, Colloques et débats, 2011, p. 191.

provision on properness in article 2(2) of its Constitution concerning the prohibition of discrimination:

‘A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole’; and on transparency in article 2(4) of its Constitution: ‘A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación’

In France we have seen the interrelation between the national and European law on the role of good governance as a fundamental right. This is especially interesting as the right to good administration and good governance is embraced in the European context. As to the relation between good governance and democracy, both have an interest in the principles of transparency and participation. Four types of participation illustrate this interrelationship, namely the citizen’s initiative, the citizen’s panel, community level participation, and the referendum. Different countries, regions, and municipalities use different types of methods, but they all are related to a good performance of democracy.¹⁰ Still, some parliamentarians do not recognize the value of such additional aspects of direct democracy. Participation is considered to be working best at the decentralized regional and local levels.

1.2.3. The micro review dimension of good governance

The micro review dimension concerns specific cases dealt with by the judiciary and ombudsmen in controlling the performance of the state’s institutions. I have an example from my home country, where the Netherlands has a General Administrative Law Act (which adheres to good governance as well) stating:

*‘If the district court rules the appeal well-found, the judgment shall state what **written or unwritten rule of law of general principles of law** is considered infringed’* (art. 8:77 General Administrative Law Act - GALA),

10 G.H. Addink. *Local and regional level participation in Europe*. Utrecht: Utrecht University, 2009. Available at: http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/citizens_initiative/docs/provincie_utrecht_1_en.pdf.

and

*‘If it is the opinion of the ombudsman that **the conduct was improper**, he shall state in the report **what standard of conduct was violated**.’ (art. 9:27 GALA).*

We see on national and European level¹¹ these developments on the conceptual aspects of good governance, but also on the controlling aspects, which can be illustrated by a recent case of the European Court of Human Rights (case of *Czaja v. Poland*).¹² It was about the grant and revocation of a pension by the Polish Government, which was alleged to be in violation of Article 1 of Protocol N° 1 to the European Convention. The Court’s assessment of the case was as follows:

(a) **General principles**

1. The relevant general principles are set out in the *Moskal* judgment, cited above, paragraphs 49-52. The Court would nevertheless reiterate that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful and pursue a legitimate aim by means reasonably proportionate to the aim sought to be realised (see *Moskal*, cited above, §§ 49 and 50).

(b) **Application of the above principles to the present case**

(i) *Whether there has been an interference with the applicant’s possessions*

2. The parties agreed that the decisions of the Rzeszów Social Security Board of 18 September 2002, subsequently validated by two court instances (the regional court and the court of appeal), which deprived the applicant of the right to receive the EWK pension, amounted to an interference with his possessions within the meaning of Article 1 of Protocol N° 1 to the Convention. The Court sees no reason to hold otherwise.

(ii) *Lawfulness of the interference and legitimate aim*

3. As in the *Moskal* case the Court considers that this interference was provided

11 For those who are not that familiar with the European legal systems: European countries work together in the European Union which aims mainly concern the internal market and safety. The European Union is based on the treaty of Lisbon. Its Court is the European Court of Justice. Another institution is the Council of Europe, which aims mainly cover human rights and socio-cultural development. Its Court is the European Court of Human Rights that deals with claims based on the European Convention of Human Rights and its accompanying protocols.

12 European Court of Human Rights. Case of *Czaja v. Poland*. Decision 5744/05. October 2nd 2012.

for by law and pursued a legitimate aim, as required by Article 1 of Protocol N° 1 to the Convention (see *Moskal*, cited above §§ 56, 57 and 61-63 and also *Iwaszkiewicz v. Poland*, N° 30614/06, §§ 47, 48, 26 July 2011).

(iii) *Proportionality*

4. In the instant case, a property right was generated by the favourable evaluation of the applicant's dossier attached to the application for a pension, which was lodged in good faith, and by the Social Security Board's recognition of the right (see paragraphs 8 and 9 above). Before being invalidated the decision of 2001 had undoubtedly produced effects for the applicant and his family.

5. It must be stressed that the delay with which the authorities reviewed the applicant's dossier was relatively long. The decision was left in force for sixteen months before the authorities became aware of their error. On the other hand, as soon as the error was discovered the decision to discontinue the payment of the benefit was issued relatively quickly and with immediate effect (see paragraph 12 above). Even though the applicant had an opportunity to challenge the Social Security Board's decision of 2002 in judicial review proceedings, his right to the pension was determined by the courts more than twenty one months later and during that time he was not in receipt of any welfare benefit (see paragraphs 17 and 19 above).

6. In examining the conformity of these events with the Convention, the Court reiterates the particular importance of the principle of good governance. It requires that where an issue pertaining to the general interest is at stake, especially when it affects fundamental human rights, including property rights, the public authorities must act promptly and in an appropriate and above all consistent manner (see *Beyeler v. Italy* [GC], N° 33202/96, § 120, ECHR 2000I; *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, § 128, ECHR 2004XII; *Megadat.com S.r.l. v. Moldova*, no. 21151/04, § 72, 8 April 2008; and *Rysovskyy v. Ukraine*, no. 29979/04, § 71, 20 October 2011). It is desirable that public authorities act with the utmost care, in particular when dealing with matters of vital importance to individuals, such as welfare benefits and other such rights. In the present case, the Court considers that having discovered their mistake, the authorities failed in their duty to act speedily and in an appropriate and consistent manner (see *Moskal*, cited above, § 72).

A crucial element in this decision is that the Court reiterates the particular importance of

the principle of good governance. It requires that when an issue pertaining to the general interest is at stake, especially when it affects fundamental human rights, including property rights, the public authorities have to act promptly, appropriately and above all consistently.

It is the first time that the Court has brought a decision that is explicit on the fundamental character of the principle of good governance. But the Court did more, as it specified the norms the Polish government and public authorities in general have to adhere to. It is desirable that public authorities act with the utmost care, in particular when dealing with matters of vital importance to individuals, such as welfare benefits. In the present case, the Court considers that the authorities, after discovering their mistake, have failed in their duty to act timely and adequately. The third element that is relevant here is the proportionality analysis as presented by the Court.

Now, some terminology will be explained and is followed by some conceptual aspects of good governance. From there, I will give some examples of codification of principles of good governance in different types of regulations and I illustrate the role of courts and ombudsmen safeguarding it.

2. Good Governance: some definitions

2.1. Governance and government

Two aspects of governance have to be distinguished. First, governance is an *act* of governing by persons or institutions. It relates to decisions that define expectations, grant power, or verify performance, which have legal consequences – public or private – and factual acts. In sum, governance concerns all acts with legal and non-legal effects. The second meaning of governance is the *process* accompanying these acts. This process consists of different phases in a procedure. These phases sometimes have been described in detail in the legal context. Sometimes these phases have been developed in the case law. Finally, we see differences in the description of phases because of the differences in phases in the respective policy fields. These procedural norms about each of the phases are binding.

One should further distinguish between *governance* and *government*: as explained, governance is about governing acts. The government is the competent institution to constitute these acts. These institutions are mainly public institutions, but may also be a business entity – or a socio-political institution, such as a family or a tribe. The term government is sometimes used abstractly as a synonym for governance, as in the Canadian motto, ‘Peace, Order and Good Government’.

Two tendencies should be mentioned here. Originally the focus was on the separation of the state's powers and a separation of the institutions that actually fulfil these tasks. But in the modern state, power is balanced by a division of state tasks, which are usually the legislative, the executive or administrative, and the judicial tasks. Yet ombudsmen, courts of audit, and advising councils may function in practice as a fourth power.¹³ The second trend is that governance entails a move away from traditional hierarchical forms of organization and the adoption of network forms. It also entails a revision of the relationship between state and civil society in a more participatory direction. Governance is said to be responsible for the shift of the emphasis from statute law to more flexible forms of regulation and implementation.¹⁴

2.2. Government and administration

When one focuses on the principles of good governance, less difference is made between governance¹⁵ and administration,¹⁶ although their content does differ. Good administration refers to the administrative task only, as good governance covers all activities of all state institutions. Furthermore, the definitions of both may be somewhat diffuse, for example, the political science uses many different meanings of governance only.¹⁷ Of course, these meanings stem from a specific approach, which is adhered to in the political science. Who has the authority to determine a definition, which can be generally applied? As to that point, in essence I agree with the critics of the London School of Economics (LSE) Study Group on European Administrative Law.¹⁸ They recommend the European Commission to determine the scope of governance as to its institutional, instrumental, and normative aspects in a White Paper. In the case law of the Court of Justice and the European Ombudsman we mostly find qualifications such as maladministration and principles of good administration.

Both governance and administration are used in this article in the specific context of administrative law in which a public dimension of a specific competence is of course

13 G.H. Addink. "The Ombudsman as the Fourth Power. On the foundations of ombudsman law from a comparative perspective", in: F. Stroink & E. van der Linden (Eds). *Judicial Lawmaking and Administrative Law*. Intersentia: Antwerp, 2005.

14 R. Bellamy and A. Palumbo. *From Government to Governance*. Franham: Ashgate, 2010.

15 In dictionaries, the following definitions have been provided for Governance: exercise of authority; control; government; arrangement. Two other brief descriptions of Governance are the following: 1. The act, process, or power of governing; 2. The state of being governed. Two other descriptions: 1. The persons (institution) who make up a governing body and who administer something; 2. The act of governing, exercising authority.

16 In dictionaries we find the following definitions of administration in a governmental context: 1. The act or process of administering (management of a government); 2. The activity of a government in the exercise of its powers and duties; 3. The executive branch of a government; 4. Office of an executive officer or body; 5. Law management and disposal of a trust or estate; 6. Dispensing, applying or tendering of something such as an oath.

17 R. Rhodes found at least six usages for the term governance: R. Rhodes. "The New Governance: Governing without Government", in: *Political Studies*, 1996, 44, p. 652. This political scientist primarily makes reference to the methodology of government in the post-modern, minimal state (= good governance); the other sets of meanings are concerned with systems analysis, socio-cybernetic systems and self-organizing networks.

18 LSE Study Group on European Administrative Law. *Taking Governance Seriously*. March 2002. Paragraph 1.

most relevant, which is crucial to recognize.¹⁹ In other contexts, governance may refer to broader phenomena as well, for example the principles of corporate governance. Still we can recognize comparable developments of the types of norms.

The public activities, however, are not carried out by traditional administrative institutions only, such as the province or a municipality, but also by independent administrative bodies or even private institutions; as long as their competence is derived from public law and they are not subordinate to other institutions in the exercise of their power. To all those actors, the principles of good governance do apply. Therefore, as to the administration, I link governance mainly with the principles of good governance. Thereby, governance is strongly connected with the methodology of the governmental activities in the postmodern minimal state, and covers the concept of good governance and the efficiency targets of new public management.²⁰ As governance lacks a normative connotation, I prefer to employ the terminology of good governance in the normative legal discussion.

2.3. Good governance and principles of good governance

An important difference exists between good governance and the principles of good governance. The principles of good governance have a strong normative connotation and may function mainly instrumental, whereas good governance is the underlying concept and the consequence of the observance of the principles.

The literature varies in its terminology as to the principles of good governance. Sometimes the principles of proper or fair administration are used instead of the principles of good governance, which is not sufficiently precise. As the principles of good governance have a specific relevance to the administration, one may use the terminology of the principles of good administration in the specific context of the administration. The European Ombudsman also refers to principles of good administration in his assessment of alleged maladministration.²¹ Though principles of good administration include higher requirements than principles of proper and fair administration,²² the principles of proper administration constituting minimum standards only. A violation of the latter would cause illegality and unlawfulness. A violation of the principles of good governance decreases the principle of

19 M.P. Chiti. "Are there Universal principles of good governance?", in: *European Public Law*, Vol.1, Issue 2, 1995, pp. 241-258; H.P. Nehl. *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 17.

20 LSE Study Group on European Administrative Law. *supra* note 19; R. Rhodes, *supra* note 18.

21 Article 195 EU Treaty.

22 Principles of fair administration are of the same level as proper administration.

legitimacy and may therefore be illegal if legal aspects of the principles are disregarded.²³

From a legal perspective, these principles are distinguished in three categories, namely legal principles, policy principles, and principles underlying the legal system. The third category of principles has been developed from a certain legal concept and - as we will see in the next paragraph - good governance is such a legal concept.

3. Good governance as a legal concept

First of all, the definition of *the* legal approach is somewhat diffuse, as some confine this approach to positive law disregarding the necessity of legal principles. I prefer, the Dworkin style, to value legal principles that are fundamental to legal systems. No positive rule is made without certain principles or prepositions on the alleged role of law.

Principles of good governance are such legal principles, which on the one hand are partly fundamental to a legal system, and on the other hand refine the same system. These principles therefore need to be normative while resembling certain values. State institutions have to abide by them. However, from the internal administrative perspective, there is, in practice, not always a clear difference between good governance as a fact, and good governance as a norm. That differs much from the external perspective of the judiciary or the ombudsman. Especially the judiciary makes a clear difference between the legal norm and the fact of good governance.

The bridge between the internal and the external perspective has been made after the codification of these principles and acculturated to the positive legal structures. This metamorphosis transformed good governance partly in hard law, though it still resembles some overarching values and principles. It should be noted that such a metamorphosis differs in different countries as they should adapt to and fit specific circumstances. Otherwise, they would be meaningless soon.

We see already three different sources of the legal concept of good governance: the legal literature, the regulations and the decisions of controlling institutions similar to the judiciary and ombudsman.

²³ Two aspects are relevant, a formal and a substantive one. The formal aspect is that the law can prescribe that attention should be given on accountability and effectiveness. The substantive aspect is that, in relation to accountability and effectiveness, in practice it is more a process than an action. Such a process can also be controlled by the judiciary.

3.1. *Good governance and legal literature*

In his book *Administrative Law*, Endicott distinguished two principles of the constitution: good government and responsible government. He writes that the '[g]overnment is [an] organized action on behalf of the community. Good government acts justly on behalf of the community, and makes the community a good community (....). The principles of good government include efficiency and compassion. They include the duty to pay attention to everything that is necessary for government to serve a community well (....) The first constitutional principle of administrative law is that good government requires responsible government'.²⁴

Good governance is one of the three cornerstones of the modern state. The development of each of these three started at different moments in history and was often linked to the development of the state and all three are still in development. The first is the rule of law, the second is democracy, and the third is good governance.²⁵

3.2. *Good governance and legal regulations: policy rules and legislation*

The European Commission of the European Union has elaborated upon this fundamental notion in two white papers.²⁶ One concerning its reform and articulating its ambition for good governance²⁷ and one on the content of principles of good governance.²⁸ Here the focus is on the document European Governance: a White Paper.

3.2.1. *The European Union White Paper on European Governance 2001*

Five principles underpin good governance and the changes proposed in the White Paper: openness, participation, accountability, effectiveness, and coherence. Each principle is considered important for establishing more democratic governance. They underpin democracy and the rule of law in the Member States, but they apply to all levels of government – global, European, national, regional and local. They are particularly important for the Union in order to respond to the challenges highlighted in the preceding chapter.

24 T. Endicott. *Administrative law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.19.

25 G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*, p. 11.

26 The European Commission is one body of the European Union being a kind of executive committee. The European Commission has two kind of papers, first green papers in which it explains current developments, advises new policies, and invites to discussions, and white papers in which the Commission sets out some policy goals and instruments, often including concrete proposals.

27 Commission of the European Communities. *Reforming the Commission. A White Paper*. Part II. Action Plan. 1 March 2000, COM (2000) 200.

28 Commission of the European Communities. *European Governance. A white paper*. 25 July 2001, COM (2001) p. 428.

Openness: The Institutions should work in a more open manner. Together with the Member States, they should actively communicate about what the EU does and the decisions it takes. They should use language that is accessible and understandable for the general public. This is of particular importance in order to improve the confidence in complex institutions.

Participation: The quality, relevance and effectiveness of EU policies depend on ensuring wide participation throughout the policy chain – from conception to implementation. Improved participation is likely creating more confidence in the end result and in the Institutions which deliver policies. Participation crucially depends on central governments following an inclusive approach when developing and implementing EU policies.

Accountability: Roles in the legislative and executive processes need to be clearer. Each of the EU Institutions must explain and take responsibility for what it does in Europe. But there is also a need for greater clarity and responsibility from Member States and all those involved in developing and implementing EU policy at whatever level.

Effectiveness: Policies must be effective and timely, delivering what is needed on the basis of clear objectives, an evaluation of future impact and, where available, of past experience. Effectiveness also depends on implementing EU policies in a proportionate manner and on taking decisions at the most appropriate level.

Coherence: Policies and action must be coherent and easily understood. The need for coherence in the Union is increasing: the range of tasks has grown; enlargement will increase diversity; challenges such as climate and demographic change cross the boundaries of the sectorial policies on which the Union has been built; regional and local authorities are increasingly involved in EU policies. Coherence requires political leadership and a strong responsibility on the part of the Institutions to ensure a consistent approach within a complex system.

The Commission sets out the importance of an integral and inclusive approach of good governance, as good governance cannot be achieved by separate actions alone. Good governance applies to all levels of government, whether European, national, regional, or local. The Commission also notes that good governance reinforces the principles of proportionality and subsidiarity. In the following paragraph, I give the most important examples of European legal documents in which certain aspects of good governance are

transformed into positive law.

3.2.2. The European Union Charter on Fundamental Rights

In the Lisbon treaty on the reform of the European Union, good governance is embraced indirectly. The treaty of Lisbon explicitly refers to the European Charter on Fundamental Rights of 2000 in article 6(2): *‘The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights, (...) which shall have the same legal value as the Treaties’*. The Charter is applicable only in cases in which European institutions of European legislation are involved. The Charter is not generally binding upon the member states of the European Union. The right to good governance is covered in the articles 39 – 44 concerning a general right to good administration and some specific principles of good governance, such as participation, transparency, and accountability.

Article 41. Nice Charter:

Right to good administration

1. *Every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union.*
2. *This right includes:*
 - (a) *The right of every person to be heard, before any individual measure which would affect him or her adversely is taken;*
 - (b) *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;*
 - (c) *The obligation of the administration to give reasons for its decisions.*
3. *Every person has the right to have the Union 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.*

Article 42 Nice Charter:

Right of access to documents

Any citizen of the Union, and any natural or legal person residing or having its

registered office in a Member State, has a right of access to documents of the institutions, bodies, offices and agencies of the Union, whatever their medium.

3.3. European Union Courts

Von Danwitz has written in general terms about good governance in the hands of the judiciary and then especially the European Union Courts.²⁹ In his contribution he concludes that good government is a notion which meaning transcends geographical and jurisdictional borders. Moreover, he puts forward that it is possible for different countries and regions to exchange good practices in relation to good government in operation as well as the role of good government towards the achievement of sustainable development. Of course also before the Lisbon treaty, fundamental rights have been protected by Union Law.³⁰ In a recent study an overview was given about the main cases regarding fundamental rights before the European Court of Justice (ECJ) over 2010-2011 concern: private and family life, data protection and the right to documents: non-discrimination: citizenship; and effective judicial protection.³¹ From the recent case law of the EU-Courts we can conclude that the principles of good administration are not only used as an element of the rights of defense³² but that it has now also its own meaning. In this context attention has been given to the principle of reasoning, the principle of legal certainty, the principle of good administration and the principle of carefulness especially the principle of hearing (participation) and the principle of effectiveness.³³

3.3.1. European Court of Human Rights

In chapter one, an important decision of the European Court of Human Rights was already addressed (*Czaja v. Poland*). Especially the fact that the Court finds good governance particularly important, is interesting for us. In the past the Court was involved in the development of some of the principles, but now the concept of good governance as a whole is embraced.

After the description of these developments we can conclude that the concept of good governance has evolved into a recognized fundamental notion in Europe, which has been

29 T. von Danwitz. "Good Governance in the hands of the judiciary: lessons from the European Example", in: *PER / PELJ* 2010, Vol. 13, N° 1.

30 K.L.M. Mathisen. *The impact of the Lisbon Treaty, in particular Article 6 TEU, on Member States' obligations with respect to the protection of fundamental rights*. Luxembourg, July 2010.

31 A. Saiz Arnaiz and A. Torres Perez. *Main trends in the recent case law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights in the field of fundamental rights*. Brussels: European Parliament, 2012.

32 T. Tridimas. *The General Principles of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 410.

33 G.H. Addink. "The application of the concept of good governance in the jurisprudence of the EU-charter of fundamental rights", in: H.R.B.M. Kummeling et al. (Eds). *De samengestelde Besselink*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2012, pp. 9-23.

developed in the case law, in legislation and in the literature, respectively as a principle, a right, and a constitutional norm.

4. Codification of good governance in national regulations

One of the main sources of EU general principles of law – including the principles of good governance – is the laws of the Member States. For that reason it is also relevant to look to the codification of good governance in national regulations.

4.1. A comparative study good governance in national regulations

In 2005, the Swedish government commissioned the Swedish Agency for Public Management to conduct a survey on current regulation on good administration in the Member States of the European Union.³⁴ The Swedish government declared that it intended to work on a law on good administration for the institutions, bodies, offices, and agencies of the European Union. Such a law would be based on Article III-398 in the original treaty Establishing a Constitution for Europe – see the articles 298 of the Lisbon treaty. The article was originally proposed by the Swedish government's representative to the Convention on the Future of Europe and the intention was to facilitate a legal basis in the treaty which would allow European legislation on good administration.³⁵ This report resembles the development of the principles of good administration in different European countries. The Swedish report also explains the origin of the right to good administration, which can be traced back to a number of resolutions of the Council of Europe as well as to some case law of the European Court of Justice.

4.1.1. Discussion about good governance and harmonisation on EU-level

Based on the Charter of Fundamental Rights of the Union and the European Code of Good Administrative Behaviour, the Swedish Agency for Public Administration has chosen a set of rights and obligations which were considered essential for good administration.³⁶ These rights and obligations were compiled into a questionnaire consisting of twelve questions. The questionnaire was then distributed to all the Swedish embassies in the European countries

34 Survey commissioned by the Swedish Government from the Swedish Agency for Public Management on the principles of good administration in the Member States of the European Union.

35 Important recent publications are: J. Schwarze. *El Derecho administrativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa: Observaciones preliminares*. Bruselas: Parlamento Europeo 2011; J. Ziller. ¿Es necesaria una ley de procedimiento administrativo para las instituciones de la Unión?. Bruselas: Parlamento Europeo. 2011. Available at <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html?action=8&tab=search#studies>.

36 This research on request of the Swedish government was published in 2005. The main conclusions of the research will be cited here. For more detailed information on the research see: Swedish Agency for Public Management. *Principles of good administration. In the Member States of the European Union*. 2005:4. Available at: <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>.

with the request to identify a suitable English-speaking officer in each respective Member State administration that could answer the questionnaire. The purpose of the survey was to examine if and to what extent some of the core principles of good administration had been transformed into legally binding rules in the national legal systems.

4.1.2. The main principles of good governance in EU-member states

The results of the survey prove that a core set of principles is widely accepted in European countries. It also demonstrated that most principles have been enacted general and legally binding rules in constitutional or statutory legislation. However, the substantial content of the rules may vary, sometimes even significantly and subsequently the interpretation of the principles may differ. In the following, some results are shown, with special attention for the shared core of principles.³⁷

1. The principles of lawfulness, non-discrimination, proportionality;
2. The right to have ones affairs handled impartially, fairly, and within reasonable time;
3. The right to be heard before any individual measure is taken that would affect the citizen adversely;
4. The right to have access to his or her file, regarding any individual measure that would affect him or her;
5. The right of access to documents;
6. The obligation to state reasons in writing for all decisions;
7. The obligation to give an indication of remedies available to all persons concerned;
8. The obligation to notify all persons concerned of a decision; and
9. The obligation to be service-minded.

One should keep in mind that, as already addressed, at least four of these principles were part of a resolution of the Council of Europe from 1977.³⁸ These principles were: the right to be heard, the right to access of information, the obligation for authorities to state reasons for its decisions, and the obligation to indicate the possible remedies. For this reason, the results of the Swedish report are not that surprising. Another Recommendation from the Council of Europe from 1980 establishes both the principles of objectivity and impartiality. This means that the signatory states should have implemented these principles in some

37 These principles can also be linked with the starting-points of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

38 Resolution (77) 31 on protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities (Adopted by the Committee of Ministers on 28 September 1977 at the 275th meeting of the Ministers' Deputies).

form or another.

4.1.3. Different legal character national good governance principles

The report has also shown that most principles are enacted as general and legally binding rules in constitutional or statutory legislation. Most Member States, with the notable exception of the common law countries, seem to have adopted a rather detailed administrative procedure act in which most of the above mentioned principles are included. The acts are further often subsidiary to other legislation as to the *lex specialis derogate lex generalis* rule. The principles of impartiality and fairness as well as the principles of lawfulness, non-discrimination, and proportionality are often constitutionally guaranteed. The right to have one's affairs handled within reasonable time, the right to be heard and to have access to one's file is often regulated in an administrative procedure act with varying degree of specificity. The obligation for officers to state reasons, to give notification and indicate remedies, and to base their acts on service-mindedness are mostly enacted through an administrative procedure act. The general right to access to documents is often laid down in a freedom of information act or a similar act.

4.2. Good governance principles in policy rules

In the last chapter we saw that good governance principles were specified in policy rules and especially the European the White Paper from 2000 gives an overview of good governance principles in a policy rule. Also quasi policy rules include some principles of good governance. In the Netherlands the Code for Good Public Governance contains the following principles:

Openness and integrity: The executive body is open and honest and makes clear what it thinks these qualities to mean. The executive body conducts in such a way as to set a good example, both within the organization and beyond it.

Participation: The executive body knows the public's concerns and interests, and makes clear how it will respond.

Appropriate contact with the public: The executive body ensures that it and the rest of the organization act in an appropriate manner in their contacts with the public.

Effectiveness and efficiency: The executive body announces the objectives of the

organization and takes the decisions and measures necessary to achieve those objectives.

Legitimacy: The executive body takes the decisions and measures that it is empowered to take and that are in accordance with the applicable legislation and regulations. Those decisions can be accounted for.

Capacity for learning and self-improvement: The executive body improves its performance and that of the organization, and structures the organization in a way that ensures this.

Accountability: The executive body is prepared to render an account of itself to stakeholders, regularly and willingly.

4.3. Harmonized principles of administrative procedures in most member states

The moment of enactment of administrative procedure codes differs somewhat. From the eighteen acts included in the report, three of them have been created before 1990, nine between 1990 and 2000, and six after 2000.³⁹ There can be several reasons for some countries' delay. An argumentative basis can be founded on the intergovernmental interactions of the EU influencing the member states on the benefits of employing good governance through social learning and persuasion.⁴⁰ Another reason may be found in the development of a whole legal system in post-Soviet Union countries, which started in most cases only after 1989.⁴¹

4.3.1. Some interesting substantial differences in member states

Even though we can discern a common core of the principles of good administration, it is equally true that the different legislators have shown great creativity in how they designed the different rules in practice. A common difference between different legislators is whether they use a *general concept* in order to let the courts specify its closer meaning afterwards, or alternatively specify a *list* that attempts to capture essential provisions beforehand. Latvia, for example, uses the term 'justified doubts' in order to capture the grounds for disqualification while e.g. Finland has a long list of possible grounds. The obvious advantage with the

39 Before 1990: Germany, Denmark, and Sweden. Between 1990 and 2000: Italy, Portugal, Austria, The Netherlands, Spain, Poland, Czech Republic, Cyprus, and Lithuania. After 2000: Greece, Slovakia, Estonia, Slovenia, Finland, and Latvia.

40 F. Schimmelfennig and U. Sedelmeier. "Governance by conditionality: EU rule transfer to the candidate countries of Central and Eastern Europe", in: *Journal of European Public Policy*, August, 2004, pp. 669 – 687.

41 It should be noted that some post-Soviet countries already had been developing a Rule of Law in the early 1920's. These countries have very different backgrounds and traditions, as far as legal traditions had been present before.

abstract alternative is that one does not prevent a dynamic development in the field. On the other hand, an abstract concept leaves plenty of room for administrative discretion in its application. Lists of conditions can therefore serve to minimize the scope for administrative discretion in fields where controlling might be more desirable than allowing for a dynamic development. For the same reason, a list of clearly articulated conditions is easier to a citizen to comprehend than a bulk of case law that through different cases specifies the more precise meaning of a concept.

Another interesting issue is the amount of possible exceptions that are created in conjunction with a rule. Some rules are clear and foreseeable in the sense that there are a few exceptions, while others are combined with a large number of exceptions. Some legislation however is constructed in a strikingly similar manner with few differences in substance. The obligation to state reasons is a good example. There seems to be a general understanding between Member States when it comes to stating legal and factual grounds as well as the main reasoning for a decision. The obligation to notify and the obligation to indicate remedies are two other examples. In other areas there are fewer similarities. Documentation is one example of a principle where the legal provisions differ a great deal between the European countries.

4.3.2. Differences in implementation by Member States

Having said that the Member States indeed share many principles of good administration, although they have implemented them differently, we must take note of the differences. As noted above, even though a rule looks the same across a number of countries, it does not mean that it is applied the same way. The debate on general principles of law is largely – but none only – a debate on concepts as Koopmans has written.⁴² Principles are and will be interpreted differently and may thus refer to the countries' particularities.

5. The review of written and unwritten good governance norms

The micro review level is the level where the judiciary and the ombudsman are applying the principles of good governance in their review of the activities of the administration. Here, the principles of good governance are presented as they could be used by these institutions. I use some Dutch examples.

Article 8:77 GALA

42 T. Koopmans, "General principles of European and national systems of Law: A comparative view", in: U. Bernitz & J. Nergelius (Eds). *General Principles of European Community Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 25 – 34.

1. *The written judgment shall state:*
 - a) *the names of the parties and their representatives or legal representatives,*
 - b) *the grounds for the decision,*
 - c) *the decision,*
 - d) *the name or names of the judge or judges hearing the case,*
 - e) *the date on which the decision was delivered,*
 - f) *who is entitled to a remedy, within what time limit and to which administrative district court.*
2. ***If the district court rules the appeal well-founded, the judgment shall state what written or unwritten rule of law or general principle of law is considered to have been infringed.***
3. *The judgment shall be signed by the presiding judge of the three-judge section and the registrar. If the presiding judge or registrar is unable to sign it, this shall be stated in the judgment.*

Principles may have different sources, as some are provided for in directly binding international treaties, especially in human rights treaties. Others are codified in national legislation and a considerable number of principles is articulated in policy rules. According to the Dutch GALA such policy rules do have a binding effect. Finally we see that the judiciary has been developing unwritten principles of good administration.

I have already shown some Dutch provisions on the role of courts and ombudsmen concerning infringements upon the principles of good governance. I have two more examples. Article 3:2 GALA establishes a compelling principle of properness, article 3:3 the prohibition of *détournement de pouvoir*⁴³ and article 3:4 GALA introduces norm for a sincere balance of interests.

Article 3:2: *When preparing an order an administrative authority shall gather the necessary information concerning the relevant facts and the interests to be weighed.*

Article 3:3: *An administrative authority shall not use the power to make an order for a purpose other than that for which it was conferred.*

Article 3:4:

1. *When making an order the administrative authority shall weigh the interests directly involved in so far as no limitation on this duty derives from a statutory regulation or the nature of the power being exercised.*

2. *The adverse consequences of an order for one or more interested parties*

43 The prohibition of the misuse of power or competences.

may not be disproportionate to the purposes to be served by the order.

Besides, the administration has an obligation to give its citizens the opportunity to be involved in the preparation of a decision, whether it concerns individual hearing or a general participation procedure.

Micro level review by the ombudsman is based in the Dutch GALA, in article 9:36.

Article 9:36 GALA

3. After closing an investigation the ombudsman shall prepare a report, in which he lays down his findings and his opinion. He shall observe the provisions of article 10 of the Government Information (Public Access) Act when doing so.

4. If it is the opinion of the ombudsman that the conduct was improper, he shall state in the report what standard of conduct was violated.

The ombudsman's yardstick is proper conduct of the administration. In the Dutch situation the ombudsman would conclude that the activity was improper. Though, in this context impropriety is similar to maladministration. An interesting point is that the Dutch National ombudsman has identified several guidelines with regards to proper conduct. An English version is publicly available.⁴⁴ These guidelines are rather similar to the principles of good public governance of the Minister of Interior Affairs, though somewhat more specified.

In the performance of their duties, administrative authorities should deal with citizens and their interests correctly. This means that they should take the opinions and interests of individual citizens into account and show respect. The administration is not designed to degenerate into impersonal bureaucratic machines. They should actively consider the human aspects of cases and when needed seek direct personal contact and try to prevent or resolve problems by means of good communication. Although citizens are dependent on the cooperation or decisions of administrative authorities in many aspects of their lives, all parties should deal with each other on an equal footing.

Authorities can achieve this by maximizing the involvement of citizens in decision-making processes and by acting on a basis of trust. That way, authorities can operate effectively and make citizenship a meaningful reality. At the same time it is important that citizens adopt a constructive attitude too. The standards of proper conduct established by the National Ombudsman of the Netherlands help administrative authorities to deal with citizens and

⁴⁴ http://www.nationaleombudsman.nl/sites/default/files/guidelines_on_proper_conduct_october_2012.pdf.

their interests in the right way. Essentially, proper government action is open and clear; respectful; caring and focused on solutions; and fair and reliable.

These four main elements of proper government have been specified by the National ombudsman in 22 specified topics. In relation to the activities of the administrative authorities these topics concern transparency; adequate information; listening to citizens; adequate reasons; respect for fundamental rights; promotion of active public participation; courtesy; fair play; proportionality; due care; attention to the individual; cooperation; leniency; promptness; de-escalation; integrity; trustworthiness; impartiality; reasonableness; careful preparation; and effective organisation and professionalism. The norms are a certain specification which guides the controlling authority in their review of the state's activities.⁴⁵

6. Conclusions

Good governance is not only about the norms related to the administration, but is related to the all the state's institutions like the legislator and the judiciary. Special attention is to be drawn to so call fourth power-institutions such as ombudsmen and courts of audit. Good administration is then one specification of the overarching concept of good governance.

Good governance needs an interdisciplinary approach, involving at least law, social science, and economics. In this publication three legal dimensions of good governance have scratched the surface: the meta-level, the macro level and the micro level. Good governance on meta-level concerns the position of good governance next to the rule of law and democracy as a third cornerstone of the modern state. Good governance on macro level is about principles of and rights to good governance as codified in international treaties, constitutions and other national (policy) regulations. That process is still in process on national and regional level. Good governance on micro level entails the actual use of certain principles, functioning as review norms which are used by the judiciary and the ombudsman institutions.

It is important to see that although the abstract concept of good governance entails some global features, this rather abstract concept is to be applied in a national context. Therefore, this articulation and application must fit into the particular circumstances and actually meet national and local needs. So in the case of Peru, the principles of good governance need to be elaborated into (quasi-) legal norms with regard to the Peruvian culture and customs. This process has already been started, albeit it might not always be recognized as

45 See for their English page: <http://www.nationaleombudsman.nl/english>.

a development principle of good governance in Peru.

Legal scholars in Peru should actively contribute to the development of good governance and to the articulation and implementation of concrete norms in the legal framework as a whole.

LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO*

*César Landa Arroyo***

1. Introducción

Para poder desarrollar la exposición que se me ha solicitado quisiera, previamente, hacer una breve presentación del Tribunal Constitucional en el Perú, en la medida que el modelo holandés no cuenta con uno de esa naturaleza. Creo que a partir de la labor que realiza nuestro Tribunal Constitucional podrán abordarse los fundamentos comunes que presenta la formación de todo Estado democrático y constitucional.

2. Control constitucional del poder

Si tomamos como parámetro el modelo de Estado previo a la existencia del Estado democrático constitucional, tendríamos que recordar lo que Thomas Hobbes señalaba: “La autoridad y no la verdad hacen las leyes”. Este era el principio en virtud del cual el Estado se encontraba sujeto a la decisión de la autoridad del monarca y no a un gobierno de leyes.

Este es precisamente el fundamento de todo Estado de Derecho: el que todos somos iguales ante la ley sin que exista distinción entre las personas. La formación del Estado democrático liberal trató en sus orígenes de traducir ello en dos principios fundamentales. Allí está el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 que se dio en Francia y que señala: “No hay Constitución si no se garantizan los derechos de las personas ni se asegura la división del poder”.

En consecuencia, estos dos principios (la división de poderes y la igualdad ante la ley) son las columnas vertebrales que sostienen el edificio de nuestro Estado democrático constitucional. Sin embargo, el desarrollo de este modelo de Estado de Derecho basado en el principio democrático de la voluntad popular ha sido insuficiente a lo largo de la primera centuria

* Transcripción de la exposición oral realizada en la Conferencia Internacional “Buen Gobierno y Derechos Humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú”. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 5 de diciembre de 2012.

** Decano y profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú.

como principio independiente. Y es precisamente ante esa insuficiencia que se puede decir que el Parlamento ha dejado de tener la legitimidad o capacidad de representación de la voluntad popular en la cual se sostiene el Estado democrático constitucional.

Esta crisis de representatividad o legitimidad para resolver los problemas a través del debate público y de los partidos ha dado lugar a que en los países de la región se busque resolver los problemas fundamentales mirando hacia otra institución: el Poder Ejecutivo. En el Perú, bajo el liderazgo caudillista de quienes han sido líderes militares o civiles, se ha gestado un presidencialismo como forma de gobierno legitimada por elección popular directa, donde el Jefe de Estado es el Presidente de la República y también es el Jefe de Gobierno, además de director de la política exterior. Es decir, es un modelo que tiene un fundamento casi monárquico de carácter civil porque el presidente es elegido por el pueblo pero con unos poderes de los que hoy no gozan ni los actuales monarcas del sistema europeo.

Pero quiero resaltar que el origen de la justicia constitucional o del Tribunal Constitucional no solamente se debe a que existe una suerte de crisis de representatividad del Parlamento sino también del propio Poder Judicial, institución que nace, al igual que el Parlamento, hace casi 200 años. Y esta crisis de credibilidad se debe al divorcio que se produce entre las sentencias que dicta el Poder Judicial y la capacidad para resolver los conflictos de intereses entre los ciudadanos. En la práctica, muchas veces dichos conflictos no son solucionados, o son resueltos de manera inequitativa o con demoras agraviantes para los derechos de las personas que demandan, o mediante resoluciones que benefician a sólo una elite y no a todos los ciudadanos. Por esta razón, la justicia también sufre una crisis de representatividad.

Así, cuando se cuestiona la representatividad del Parlamento y del Poder Judicial - y en el Perú las encuestas de opinión lo reflejan en forma regular, donde ambas son las instituciones públicas con menor credibilidad en el país -, es porque estamos ante una cultura de carácter positivista - normativista. Esto significa que el entendimiento del derecho con el cual operan los parlamentarios y los jueces es un concepto limitado de la norma en sentido formal. Esta situación era inicialmente una garantía de igualdad de todos frente a la ley. Pero la aplicación, la interpretación y el desarrollo de esa noción del derecho han reducido el derecho a la ley; de modo tal que ya no hay derecho sino que hay ley. Además, la aplicación de esa noción de legalidad ha alejado a la voluntad popular de ese concepto del derecho, al punto de que existe una suerte de quebrantamiento del sistema legal mediante una informalidad irruptora que ha quebrantado los fundamentos de una sociedad pacífica basada en normas.

3. Judicialización de la política y politización de la justicia

Conjuntamente con esta crisis aparece un fenómeno definido como la constitucionalización del derecho y la judicialización de la política, pues ante la crisis del principio de legalidad va surgiendo el principio de constitucionalidad. Porque aunque la Constitución siempre ha existido en nuestros países, ésta empieza a adquirir un valor normativo y ya no solamente un valor político y simbólico que regula a los poderes públicos. Por el contrario, ahora los ciudadanos encuentran sus derechos protegidos directamente en la propia Constitución.

Así, si bien los derechos estaban regulados antes en el Código Civil o en el Código Penal, a partir del siglo XX los derechos van a ser incorporados como derechos fundamentales de libertad, de igualdad, de seguridad, de tránsito, de propiedad, entre otros. Asimismo, los nuevos derechos que van surgiendo (sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales) se incorporarán en la Constitución. Y a partir de ese proceso de constitucionalización del derecho en general, surge también un derecho judicial con instrumentos y mecanismos de protección.

Los procesos de hábeas corpus y de amparo son procesos constitucionales que permiten tutelar los derechos fundamentales. Por ello, la Asamblea Constituyente del Perú que funcionó entre 1978 y 1979, a la salida del gobierno militar, crea el Tribunal de Garantías Constitucionales como un órgano distinto del Poder Judicial. El Poder Judicial, que no había resuelto los problemas de legalidad, menos podía encargarse de los problemas de constitucionalidad ejerciendo dos tipos de competencias: de un lado, controlar los excesos del Poder Legislativo o Ejecutivo pudiendo anular las leyes que dicta el Parlamento; y, de otro lado, revisar las decisiones de la Corte Suprema en materia de derechos fundamentales.

El Tribunal de Garantías Constitucionales inició sus funciones en 1982 y fue clausurado por el autogolpe de estado del entonces Presidente Alberto Fujimori en 1992. En los 10 años que estuvo en funcionamiento, centenares de leyes fueron emitidas por el Parlamento y el Poder Ejecutivo, pero el Tribunal apenas pudo expedir 15 sentencias de inconstitucionalidad de las cuales sólo 5 fueron declaradas fundadas. Es decir, únicamente se declaró la expulsión de 5 leyes, mientras que en los demás casos no se obtuvieron los votos suficientes como para que las otras normas pudiesen ser eliminadas del ordenamiento jurídico.

Quiero rescatar que, no obstante lo anterior, durante dicho período hubo sentencias mediante las cuales el Tribunal de Garantías Constitucionales dio pauta en torno a temas de equidad y justicia social. Por ello, las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales también permiten analizar el desarrollo jurisprudencial de la justicia constitucional en

relación al buen gobierno, debido a que, cuando el ingeniero Alberto Fujimori llega al poder en el año 1990, en contrario a su promesa electoral de implementar reformas orientadas a asegurar la justicia social, aplicó rápidamente un modelo económico neoliberal con lo cual generó una serie de normas que cambiaban el modelo que se venía siguiendo con la Constitución vigente de 1979, el cual reconocía una economía social de mercado dentro de un Estado social descentralizado democrático de derecho.

Por ejemplo, mediante este nuevo modelo se liberalizó el precio del transporte público. Antes la tarifa del transporte público debía fijarse a través del acuerdo entre los empresarios privados y las autoridades locales. Frente a ello, se emitió un decreto legislativo - instrumento mediante el cual el Ejecutivo ejerce la potestad para dictar normas con fuerza de ley - por el cual se liberalizó el sistema de transporte público. El Tribunal de Garantías Constitucionales entendió que la regulación de tarifas del servicio público no estaba dentro del marco de lo permitido por el modelo económico de la Constitución de 1979 por lo que, en consecuencia, se estimó que la nueva legislación sobre la materia no era constitucional.

Del mismo modo, el Gobierno dictó en el año 1990 otro decreto legislativo sobre la regulación de la compensación por tiempo de servicios, que es el pago que se hace a un trabajador por el tiempo que ha laborado. En la lógica de la liberalización económica en curso, dicho dinero había que adelantárselo al trabajador con liberalidad para que pudiera disponer del mismo y no guardarlo hasta el fin de su vida laboral, lo cual implicaba tener más dinero en el bolsillo para moverlo en el mercado. Esto también fue declarado inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Un tercer ejemplo lo encontramos en el decreto legislativo que restringió la posibilidad para que los sindicatos estatales pudieran negociar incrementos salariales automáticos en función del incremento del costo de vida y que dicho acuerdo se tradujera en la ley de presupuesto. Como había que constreñir el presupuesto como parte de una nueva política monetarista liberal, se dictó dicha norma limitando el derecho a la negociación colectiva, la misma que fue declarada como inconstitucional.

Menciono esos tres casos en torno a una aproximación de justicia social y equidad en el marco de la Constitución, debido a que fueron mencionados en el discurso que dio Fujimori el 5 de Abril de 1992, día en el que se lleva a cabo el golpe de Estado, como forma de crítica al Parlamento y al Tribunal de Garantías Constitucionales por amparar dicho tipo de medidas. La idea de ese régimen era que un mecanismo de control como el Tribunal de Garantías Constitucionales no era visto como un criterio del buen gobierno para la mejora del aparato estatal, sino como una irrupción al ejercicio del gobierno. No era considerado

como un instrumento para ejercer el buen gobierno, para lo cual se requiere de elementos de democracia, transparencia, responsabilidad, entre otros.

Luego del golpe de Estado de 1992, se clausuró el Tribunal de Garantías Constitucionales y se dio inicio a un proceso constituyente - debido a la exigencia de la Organización de Estados Americanos y la demanda democrática de ciudadanos peruanos - para emitir una nueva Constitución, la que además fue votada por el pueblo mediante un referéndum. No obstante, un magistrado del Jurado Nacional de Elecciones declaró que no había existido transparencia en esa votación, porque el margen de victoria de la Constitución a través del referéndum fue sospechosamente estrecho.

En el proceso constituyente, la figura del Tribunal Constitucional no estaba incorporada en el proyecto de la mayoría gubernamental de Fujimori porque el entendimiento del control como parte de un buen gobierno no estaba en la estructura de sus planteamientos. Es debido a la presión de la opinión pública especializada que se incorpora al Tribunal Constitucional y a la Defensoría del Pueblo dentro de la nueva Constitución de 1993.

A este Tribunal Constitucional que se crea mediante la Constitución de 1993 se le asigna, además de la potestad de controlar las leyes del Parlamento y del Ejecutivo así como las normas con rango de ley emitidas por los gobiernos regionales y locales, la facultad de resolver en los casos de conflicto de competencia que puedan surgir entre los Poderes Públicos o los niveles de gobierno. Del mismo modo, se le otorga la competencia para resolver en última instancia cuando se vulneran derechos fundamentales. Asimismo, se incorpora en la Constitución junto al habeas corpus y al proceso de amparo, el proceso de hábeas data para garantizar el derecho de acceso a la información y a la auto determinación informativa. También se establece el proceso de cumplimiento, mediante el cual se compele a un funcionario público o autoridad que no cumple con un mandato a que lo ejecute por una decisión judicial.

4. Balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Con relación al balance en torno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de buen gobierno, desde su instalación en el año 1996 hasta la fecha, podemos señalar que éste es variable. Y esto es así debido a que, en una primera etapa que va desde 1996 hasta el 2000, durante el período del gobierno de Alberto Fujimori, el Tribunal Constitucional no actuó propiamente como un órgano de control del poder sino más bien como un órgano en muchos casos al servicio del gobierno. Recuerdo haber estado en alguna reunión académica con magistrados de aquella época y que uno de ellos pensaba que el Tribunal Constitucional

formaba parte de la estructura del Estado y que tenía un jefe que era el Presidente de la República. Por ello, este órgano judicial tenía que estar al servicio de aquel.

Sin embargo, el juez constitucional tiene que proteger a los ciudadanos precisamente de las autoridades, al amparo de lo que establece la Constitución. De modo tal que esa primera etapa a la que hemos hecho referencia puede ser entendida como de cautiverio para el Tribunal Constitucional. Pero en la transición democrática iniciada en el año 2000 luego de la caída del régimen de Fujimori, el Tribunal Constitucional se recompone y asume, en materia de buen gobierno, una política jurisdiccional ya no al servicio del poder, sino más bien de defensa de los derechos humanos y de los principios constitucionales, que se expresa en diversas sentencias como aquellas relativas a la lucha contra el terrorismo, la corrupción, el narcotráfico, entre otras.

A continuación, y a modo de ejemplo, presentamos algunas sentencias del Tribunal Constitucional que dan cuenta del desarrollo jurisprudencial en materia de buen gobierno y derechos humanos:

4.1. Derecho al debido proceso (lucha contra el terrorismo)

Una sentencia ejemplar en materia de lucha contra el terrorismo fue la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) N° 0010-2002-AI/TC, debido a que declaró inconstitucional la legislación penal de emergencia aprobada en 1992. Dicha legislación había rebajado los estándares mínimos de protección de los ciudadanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Casos Castillo Petruzzi y Loayza Tamayo) declaró que esos regímenes legales no eran conformes a los derechos humanos y concretamente al debido proceso. Por esta razón, el Tribunal Constitucional recibió una demanda sobre la base de la cual declaró la inconstitucionalidad de ese tipo de legislación, pero usó esta facultad con prudencia. Por ello, no dispuso la excarcelación de quienes estaban procesados o condenados por terrorismo, debido a que se requería con urgencia una nueva legislación, a efectos de que estas personas vuelvan a ser juzgadas bajo nuevos estándares democráticos y constitucionales. Y así se hizo.

Considero que, en una época tan sensible para el Perú como la que se vivió con el terrorismo, que dejó tantas muertes y destrucción, y respecto de la cual la Comisión de la Verdad y Reconciliación dejó un informe histórico para el país, el Tribunal Constitucional contribuyó a sanar de alguna forma dicha parte procesal o judicial a efectos de que existiera un juicio justo y se otorgara mayor garantía y seguridad para todos.

4.2. Defensa del derecho al trabajo

El Tribunal Constitucional era consciente de la necesidad de reponer los principios del buen gobierno afectados por el proceso de liberalización que experimentó el país en la década de 1990. Al respecto, a comienzos del 2000 la Organización Internacional del Trabajo (OIT), haciendo un análisis de la situación laboral de los trabajadores en América Latina, señaló que en ciertos países durante la década anterior se había promovido la liberalización del empleo, la movilidad y la flexibilidad laboral. Asimismo, indicó que en la década siguiente muchos de estos países implementaron medidas para nivelar y compensar los excesos que en toda política liberal radical afectan a los sectores menos protegidos.

No obstante, en América Latina dos países, Argentina y Perú, no habían realizado esa nivelación. Entonces se señalaba que, en el Perú, el Tribunal Constitucional había emitido sentencias que habían nivelado de alguna forma lo que las normas legales no estaban protegiendo. Por ello es que algunos sectores afirmaron que existía una segunda Constitución en materia laboral, que había sido emitida por el Tribunal a través de sus sentencias. No obstante, también se sostuvo que ese tipo de interpretación - bastante activista judicialmente hablando - había permitido por lo menos, durante el proceso de la transición democrática, una suerte de pacificación laboral, habida cuenta que el Congreso no tenía la fuerza o capacidad para dar las leyes necesarias.

Por ejemplo, en materia de protección del empleo, tenemos la STC N° 1124-2001-AA/TC. En la década de 1990, la Compañía Peruana de Teléfonos - de propiedad del Estado - fue privatizada, otorgándosele la concesión a Telefónica de España. En el año 1999, el Gobierno le otorga a Telefónica el monopolio por cinco años para que explore el servicio telefónico público-privado. La empresa se reorganiza y al año siguiente contrata mucho personal, pero alrededor de 500 personas quisieron formar un sindicato por lo que son despedidas. Ante esta situación, estas personas reclaman por su despido vía amparo porque la Constitución protege el derecho de sindicación.

El Tribunal Constitucional, en 2001, tomó conocimiento de esta demanda, analizó el caso y estableció una regla para definir qué es un despido arbitrario y cuál es la protección adecuada frente a éste. Al respecto, debe señalarse que, si bien la Constitución reconoce el derecho del trabajador a no ser despedido sino por causa justa, el artículo 27° de la Constitución establece que la protección contra el despido arbitrario se realiza por ley; siendo que la ley preveía que frente a un despido solamente era posible la indemnización como única reparación.

El Tribunal Constitucional ha entendido que un despido arbitrario supone una afectación a la dignidad laboral. Así, también sería arbitrario el despido de una mujer que va a dar a luz; o el de una persona con discapacidad que debe gozar de descansos. Entonces, la persona humana, dice el Tribunal, no solamente es persona o trabajador sino antes que todo tiene dignidad, principio y derecho que puede ser exigible. Por ello, tiene fuerza normativa en las relaciones entre particulares en los contratos de trabajo.

Así, en el presente caso, el Tribunal Constitucional estableció que el despido no puede ser únicamente revertido mediante un pago indemnizatorio, sino que también opera la reposición, porque de lo contrario la persona sería simplemente un instrumento y no un fin en sí mismo, perdiendo su dignidad humana. Este razonamiento y declaración hechos por el Tribunal significó un cambio sustantivo en la concepción de la estabilidad o del despido, que garantizó cierta seguridad a los trabajadores que venían bastante desprotegidos.

4.3. Derecho a la pensión de jubilación

Quisiera brevemente hacer mención a la STC N° 0050-2004-AI/TC referida al régimen pensionario público, ya que en el Perú, hasta el año 2004, en que se expidió esta sentencia, existían alrededor de 300,000 pensionistas en el sistema público. El régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 suponía que los trabajadores jubilados podían gozar del cien por ciento del pago que recibían cuando eran trabajadores activos. De modo tal que si el trabajador había sido un obrero o un gerente de una empresa pública, pasaba al retiro con una pensión con un monto de esa naturaleza, la cual se nivelaba con las remuneraciones de los empleados y funcionarios públicos en actividad. Por ello, existían tanto pensiones de 50 dólares como de 10,000 dólares. Dicho régimen estaba amparado en la Constitución, por lo que se procedió a cerrar el sistema mediante reforma constitucional. Esto permitió una redistribución de los montos pensionables al punto que se dispuso en una ley complementaria que las pensiones que pasaran los 2,500 dólares tendrían que reducirse, fijándose una pensión mínima de 140 dólares.

La reforma del régimen de la Ley N° 20530 dio lugar a una demanda de inconstitucionalidad y la emisión de la STC N° 0050-2004-AI/TC. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la regresión de los derechos pensionarios adquiridos, en base a la aplicación del principio de solidaridad que emana de la propia Constitución, con el fin de asegurar una mejor redistribución de las pensiones y la consecución de una justicia distributiva con criterios de proporcionalidad. Posteriormente, la referida sentencia fue objeto de impugnación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, la CIDH no admitió la petición porque entendió que se había cumplido no

sólo con la Constitución y la legislación interna, sino también con los tratados y pactos internacionales en materia de derechos económicos y sociales.

4.4. Control de competencias (lucha preventiva contra el narcotráfico)

Un Estado descentralizado que aspira al buen gobierno es transparente y eficiente. En la STC N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra las ordenanzas regionales emitidas por el Gobierno Regional del Cusco y el Gobierno Regional de Huánuco mediante las cuales, usando ciertas máximas de la economía, se decretó el libre cultivo de la planta de la hoja de coca, pese a que es una planta fiscalizada por el Estado. Aunque esta planta en si misma no es un alucinógeno como el opio, ni es una planta psicotrópica como la marihuana, es la base para la lamentable producción de la cocaína, de la cual el Perú uno de los países productores.

La extensión y la liberalización del cultivo de la hoja de coca era un peligro que el Gobierno Nacional advirtió en la lucha contra la larga cadena del narcotráfico por lo que planteó una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las referidas ordenanzas. En las sentencias sobre la hoja de coca, el Tribunal Constitucional reconoció el valor histórico y cultural que tiene esta planta en las tradiciones andinas así como el valor que tiene para la industria química, pero descartó todo tipo de uso que pueda estar vinculado con la comercialización ilícita o el narcotráfico.

Asimismo, el Tribunal Constitucional estableció ciertas políticas bajo la forma de exhortaciones. A través de sus sentencias, el Tribunal puede no solamente declarar la inconstitucionalidad de una norma sino también exhortar a la autoridad, en una suerte de apelación, en un sentido débil o en un sentido fuerte. El Tribunal no puede disponer que se haga algo. Pero sí puede determinar la inconstitucionalidad de una norma, como también puede señalar en los fundamentos de sus sentencias si una interpretación podría ser constitucional para que el legislador sepa cómo debe legislar.

Así, el Tribunal estableció en el tema de la hoja de coca la necesidad de luchar frontalmente contra el narcotráfico, de fortalecer la cooperación internacional, de promover la salud y la educación respetando el aspecto cultural, entre otros elementos, en un asunto de carácter estructural.

4.5. Rendición de cuentas

En otro orden de cosas, en la STC N° 264-2007-PHD/TC el demandante pretende que se

le ordene a la Universidad Ricardo Palma que le proporcione información sobre la gestión rectoral del periodo 1996-2006, en concreto, lo siguiente: presupuestos correspondientes a cada periodo anual, que incluyan los proyectos de inversión, las partidas salariales, las remuneraciones y los beneficios del personal; ejecución del presupuesto correspondiente a cada período anual; adquisiciones de bienes y servicios; actividades que desarrollan los altos funcionarios de la Universidad; gastos de representación; contratos celebrados por prestación de servicios profesionales y las resoluciones autoritativas correspondientes. También solicitó datos sobre la relación de condecoraciones con su respectivo costo, así como agasajos realizados con los fondos de la universidad; gastos en restaurantes; gastos por teléfonos celulares; la relación de funcionarios que han viajado al extranjero, así como costo de sus pasajes, viáticos, estadía en hoteles y consumos en restaurantes. Finalmente, se requirió información sobre la relación de personas que han recibido becas; la relación de gastos por asesoría legal; la relación de gastos de la caja chica del rectorado; la relación de gastos por avisos de prensa, medios de comunicación, programas de televisión, así como suplementos en periódicos, radio y televisión; e ingresos totales del rector, vicerrectores y decanos.

La demanda se declaró infundada por mayoría de votos por considerar que la Universidad Ricardo Palma es una entidad de derecho privado, por lo que no se encuentra comprendida entre las entidades obligadas a dar información. El derecho de acceso a la información pública reconoce una de las garantías más importantes del adecuado funcionamiento de la gestión estatal, cual es la plena publicidad y transparencia de la gestión pública ante la sociedad.

Sin embargo, en determinados casos, las personas jurídicas privadas también pueden ser sujetos pasivos respecto al ejercicio de este derecho fundamental, encontrándose obligadas a proporcionar determinada información que les sea requerida. Ello alcanza a las personas jurídicas sujetas al régimen privado que gestionen servicios públicos. A juicio del Tribunal Constitucional las referidas personas jurídicas de derecho privado están obligadas a informar sobre: a) las características de los servicios públicos que prestan; b) sus tarifas; y, c) las funciones administrativas que ejercen.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional consideró que, no obstante la universidad emplazada es una persona jurídica privada que gestiona servicios públicos, la demanda no podía ser estimada. Ello debido a que la información peticionada por el demandante no tenía relación alguna con las características o tarifas del servicio público que presta la universidad, ni con las funciones administrativas que ejerce.

En consecuencia, si bien algunas personas jurídicas de derecho privado pueden encontrarse obligadas a atender los pedidos ciudadanos de acceso a la información, la información a la cual éstos tienen derecho a acceder no es toda aquella que se encuentre en su poder, sino únicamente la relacionada con los servicios públicos que brinden o las funciones administrativas que ejerzan. Pero incluso, sobre ambos temas, la propia Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública delimita en su artículo 9° el tipo de información a la que se tiene derecho a acceder. Para una mejor comprensión de la referida disposición, su contenido puede ser presentado de la siguiente manera:

Personas jurídicas sujetas al régimen privado obligadas a entregar información conforme a la Ley N° 27806	
Tipo de persona jurídica privada	Información obligada a entregar
Persona jurídica privada que gestiona servicios públicos	• Sobre las características de los servicios públicos que presta • Sobre sus tarifas
Persona jurídica privada que ejerce funciones administrativas	• Sobre las funciones administrativas que ejerce

Por lo tanto, no toda persona jurídica privada puede ser considerada como sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública. Cuando así lo sea, la ley sobre la materia ha precisado qué tipo de información se encuentra obligada a entregar. Sobre esta última situación, es importante anotar que no todo tipo de información administrativa de una persona jurídica privada puede ser considerada como información relacionada con las “funciones administrativas que ejerce”. Es decir, no cabe comprender dentro de esta última categoría toda la información sobre los asuntos de gestión interna y administrativa de una institución privada.

4.6. Eficacia

En la STC N° 02695-2006-PC/TC el proceso constitucional de cumplimiento se dirige a que el Ministerio de Educación proceda a cumplir con lo dispuesto en la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28044, Ley General de Educación, y que, por consiguiente,

cumpla con reglamentar dicha norma de modo inmediato e incondicional, al haber vencido el plazo legal para efectivizar dicho cometido. La controversia se centró en definir si el mandato contenido en la Segunda Disposición Final de la norma cuyo cumplimiento se invocaba resultaba o no exigible, de acuerdo con las características y exigencias que impone el proceso constitucional de cumplimiento.

La sola renuencia en acatar los mandatos contenidos en las leyes o en los actos administrativos, afecta de por sí la existencia de un derecho constitucional de naturaleza innominada, como lo es la eficacia de las normas legales y los actos administrativos.

En lo que respecta al fondo de la controversia, el Tribunal consideró que, a efectos de determinar la legitimidad o no en la obligatoriedad del mandato exigido, se hacía necesario contrastar si, de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales establecidos, procedía estimar la demanda. Para ello, y conforme quedó señalado en la sentencia N° 0168-2005-PC/TC, para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos debía reunir los siguientes requisitos mínimos comunes: a) Ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro; es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo; c) no estar sujeto a controversia ni a interpretaciones dispares; d) ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; e) ser incondicional. Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria. Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá: f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante; y, g) permitir individualizar al beneficiario.

4.7. Transparencia

La STC N° 01805-2007-PHD/TC se dicta con motivo de la demanda de habeas data que interpone un ciudadano contra el ministro de Defensa y la Secretaría General de dicha entidad, con la finalidad de que se le informe sobre: a) cuáles fueron los hechos específicos, en cada región, por los que se decretó el estado de emergencia el 27 de mayo de 2003, mediante Decreto Supremo N° 055-2003-PCM; b) qué acciones militares se han realizado en los departamentos en los que el día de la presentación de la solicitud de información ante la entidad demandada no se encontraban en estado de emergencia, según la Resolución Suprema N° 181-2003-DE y el Decreto Supremo N° 062-2003-PCM; c) la cantidad de efectivos de las Fuerzas Armadas que fueron desplegados en cada región, durante la vigencia

del estado de emergencia; y, d) las partidas del presupuesto de defensa de donde salieron los fondos destinados para realizar las operaciones militares llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas durante el estado de emergencia.

El Ministerio de Defensa deniega la entrega de información alegando que el primer punto de la solicitud ostenta un carácter eminentemente político y que el segundo punto está referido a información reservada, omitiendo pronunciarse sobre la tercera parte de la solicitud de información. También se rechaza respecto a la información solicitada sobre las acciones militares realizadas en los departamentos que no se encontraban en estado de emergencia, así como la referida a la cantidad de efectivos de las Fuerzas Armadas que fueron desplegados en cada región durante la vigencia del estado de emergencia.

La parte demandada sostuvo que la información solicitada se enmarcaba dentro de las excepciones del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en tanto que el artículo 15° de la Ley N° 27806 dispone que el derecho de acceso a la información pública no podrá ejercerse cuando ésta verse sobre razones de seguridad nacional en el ámbito militar o pueda poner en riesgo la vida e integridad de las personas. Supuestos que no eran afectados en el pedido de información.

Si bien no era necesario que en el Decreto Supremo N° 005-2003-PCM, que declaró el estado de emergencia, se precisen detalladamente los actos que condujeron a su establecimiento, existe un legítimo interés de la ciudadanía por conocerlos, por lo que el primer extremo de la demanda, a juicio del Tribunal Constitucional, fue estimado. Por tanto, se dispuso a la entidad demandada entregar la información relativa a los hechos concretos que, en cada región del país, motivaron la declaratoria del estado de emergencia.

Recurriendo a una interpretación sistemática de la Constitución, debemos señalar que el orden público se erige como una excepción válida al ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en el entendido que la difusión de determinada información pudiera conllevar un riesgo inminente de alteración grave del orden público. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de la información clasificada como reservada. Pero, recuerda que esta misma ley, en su artículo 15°, establece que:

“con posterioridad a los cinco años de la clasificación (...), cualquier persona puede solicitar la información clasificada como secreta, la cual será entregada si el titular del sector del pliego respectivo considera que su divulgación no pone en riesgo la seguridad de las personas, la integridad territorial y/o [la] subsistencia

del sistema democrático. En caso contrario deberá fundamentar expresamente y por escrito las razones para que se postergue la clasificación y el período que considera que debe continuar clasificado. Se aplican las mismas reglas si se requiere una nueva prórroga por un nuevo período. El documento que fundamenta que la información continúa como clasificada se pone en conocimiento del Consejo de Ministros, el cual puede desclasificarlo”.

En su sentencia, el Tribunal precisa que el contenido constitucionalmente garantizado por el derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y, correlativamente, la obligación de dispensarla de parte de los organismos públicos. Si tal fuese sólo su contenido protegido constitucionalmente, se correría el riesgo de que este derecho y los fines que con su reconocimiento se persiguen, resultaran burlados cuando, por ejemplo, los organismos públicos entregasen cualquier tipo de información, independientemente de su veracidad o no.

A criterio del Tribunal Constitucional, no sólo se afecta el derecho de acceso a la información cuando se niega su suministro, sin existir razones constitucionalmente legítimas para ello, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada. De ahí que, en su faz positiva el derecho de acceso a la información impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar; y en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa.

4.8. Participación

En la STC N° 007-2012-PI/TC el demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 29625, Ley de devolución de dinero del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) a los trabajadores que contribuyeron al mismo, por considerar que, siendo una ley cuyo contenido incide en el presupuesto de la República, debió ser aprobada siguiendo el procedimiento legislativo previsto en los artículos 78° y 80° de la Constitución. Asimismo, considera que la norma afecta los principios constitucionales de justicia, equilibrio, unidad, exactitud, anualidad y programación presupuestarios, comprendidos en los artículos 70° y 78° de la Norma Fundamental. Finalmente, se aduce una violación del principio de proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional señaló que sostener que una ley aprobada por referéndum se encuentra exenta de control constitucional, implicaría asumir que la voluntad en él manifestada emana de un poder absoluto, carente de límites jurídicos. Sin embargo, como

se sustentará a continuación, dicha tesis no resulta conforme con la Constitución.

Cuando el pueblo se pronuncia democráticamente en un referéndum, no lo hace como un poder jurídicamente ilimitado, sino como un poder constituido. Por consiguiente, limitado por el respeto a la Norma Fundamental, el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse.

De acuerdo con dicha argumentación, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia interpretativa para que, sin declarar inconstitucional la ley materia de control, se le interprete en el sentido que cumple con el parámetro establecido por la Norma Fundamental si el Estado realiza una devolución de los fondos adeudados a través de obras públicas de infraestructura y saneamiento.

5. Conclusiones

En general, se puede señalar que en los últimos años, el control de constitucionalidad para el buen gobierno ha experimentado cierto retroceso a raíz de algunas sentencias, como por ejemplo aquella que prohibió la venta y distribución gratuita de la píldora del día siguiente (STC N° 2005-2009-AA/TC). Dicha prohibición sólo se dio para el servicio público de salud que atiende a las mujeres más necesitadas y no para el sector privado.

También podemos observar sentencias lamentables en materia de justicia militar (STC N° 0001-2009-PI/TC). El Tribunal Constitucional, en democracia, había logrado ubicar adecuadamente la justicia militar y sus competencias a través del control constitucional de sus leyes (STC N° 0023-2003-AI/TC; STC N° 0004-2006-AI/TC; STC N° 0006-2006-PI/TC; STC N° 0005-2007-PI/TC). Pero, con el nuevo Tribunal a partir del 2009, se ha desfigurado ello y nuevamente la justicia militar empieza a tener ciertos aires endogámicos.

Siguiendo la misma línea, los casos de violaciones de derechos humanos, en los que el Tribunal Constitucional había sido muy cauteloso en la época de la transición democrática, como el caso El Frontón (STC N° 3173-2008-PHC/TC) donde se involucra a algunas personalidades públicas como el ex Presidente García, han tenido cierto giro. El TC en el año 2008 estableció que no se siguiera investigando para uno de los procesados, no obstante que las graves violaciones a los derechos humanos son imprescriptibles. Además, hace tres años en una investigación por corrupción seguida en el caso Químper (STC N° 0655-2010-PHC/TC) este Tribunal señaló que las pruebas de grabaciones telefónicas sobre eventuales actos de corrupción no pueden ser usadas porque son pruebas ilícitas. Si bien se trata de un

tema técnico, se puede separar la fuente de la prueba (es decir la forma como ésta ha sido obtenida) de lo que es el hecho de prueba. Y el hecho está revelando actos ilícitos que deben ser objeto de investigación.

Entonces yo diría que en general se pone en evidencia que en estos últimos años hay una falta de independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional, lamentablemente sobre todo en aquellos más afines al gobierno del entonces Presidente García. Pero en general, si hacemos un balance global de la justicia constitucional y el buen gobierno en el largo de plazo, desde la instalación del Tribunal Constitucional hasta la fecha, yo diría que hay un balance en principio positivo. Y esto porque se ha llegado a una constitucionalización del derecho y también a una constitucionalización de las prácticas, sean públicas o privadas, lo cual ya es importante aunque a veces éstas no se respeten plenamente.

El peligro ahora es el de la sobre-constitucionalización en manos de tribunales, o de siete jueces, porque entonces nos encontraríamos sometidos no a las leyes sino a los hombres. Y ese es precisamente el principio que Hobbes quería revertir con la democracia, haciendo de ésta un gobierno no de los hombres sino de las leyes. Pero parece que ahora en algunos temas estamos ante un gobierno de los jueces. Y creo que ello, junto con la sobre-constitucionalización puede resultar, en malas manos, bastante delicado en un país como el nuestro, con instituciones políticas y democráticas no tan consolidadas.

Como diría Cicerón: “cuando hay demasiado derecho hay demasiada injusticia”. Por ello, entonces, creo que el tema del buen gobierno hay que verlo, en cierta manera, también al margen de la Constitución y las leyes.

SEGUNDA PARTE

PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO, DERECHOS HUMANOS Y LEGITIMIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

THE ROLE OF NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS IN HUMAN RIGHTS PROTECTION AND PROMOTION, GOOD GOVERNANCE AND STRENGTHENING THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Linda C. Reif*

1. Introduction

There are three essential and connected pillars that support the state: democracy, the rule of law and good governance.¹ The protection and promotion of human rights by the state is threaded through all three pillars. While domestic courts play an important role in human rights protection, they are not without limitations that are based on the judicial function in general and national political contexts in particular. However, in the past twenty-five years national human rights institutions (NHRIs) have been established or strengthened in many countries around the world, expressly for the protection and promotion of human rights at the domestic level. National-level human rights commissions and human rights ombudsman institutions (such as the *Defensoría del Pueblo*) are the internationally accepted forms of NHRIs.²

This paper will survey the structure and responsibilities of NHRIs, the roles of NHRIs in protecting and promoting human rights and the factors that determine the effectiveness of NHRIs. In doing so, Peru's NHRI, the *Defensoría del Pueblo*, will serve as an example. The paper will also explore the ways in which NHRIs can strengthen the democratic rule of law and enhance good governance, primarily through their abilities to act as horizontal and vertical accountability mechanisms.

2. The democratic rule of law

The normative meaning of the rule of law varies between different legal and political systems. For example, there is the common law “rule of law” and similar, but not identical, concepts

* Masters of Law at University of Cambridge. Professor of International Trade and International Human Rights Law at University of Alberta.

** I wish to thank Braden Sheps for his excellent research assistance.

1 G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*. SIM Special N° 34. Utrecht: Utrecht University, 2010, pp. 11-12.

2 L.C. Reif. “The Shifting Boundaries of NHRI Definition in the International System”, in: R. Goodman and T. Pegram. (Eds). *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 52. *Defensoría* will be used to refer to the NHRI and *Defensor* will be used to refer to the individual.

can be found in civil law systems (*estado de derecho, l'état de droit, Rechtsstaat*, etc.).³

The rule of law is a foundational legal principle of many legal systems, even those in non-democratic states. Under what is called the “thin” rule of law, laws can be unjust.

Thus, many argue for the application of a “thick” form of rule of law that “requires laws that are grounded in some normative foundation that transcends the legal system itself... today, the more secular ideology of democracy and human rights provides the foundation for many people”.⁴

For example, as the late Guillermo O'Donnell has argued, a democratic rule of law is required, one that can protect human rights and support horizontal accountability mechanisms within the state.⁵ Thus, by necessity, a thick form of rule of law is a democratic rule of law. Nonetheless, the diversity of national political orders, the presence of many illiberal democracies today and the different attitudes to human rights exhibited both inter- and intra- regionally means that there are still “multiple, competing thick conceptions of the rule of law”.⁶

In September 2012, the High-level Meeting of the UN General Assembly resulted in a Declaration on the Rule of Law at the National and International Levels (Declaration on the Rule of Law).⁷ The Declaration on the Rule of Law states that:

“the rule of law applies to all States equally...and that respect for and promotion of the rule of law and justice should guide all of their activities and accord predictability and legitimacy to their actions...”⁸

The Declaration applies the thick rule of law standard and tries to bridge the differences between nations as it states that:

“all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to just, fair and equitable laws and are entitled without any

3 G. Palombella. “The Rule of Law as an Institutional Ideal”, in: L. Molino and G. Palombella (Eds). *Rule of law and democracy: Inquiries into internal and external issues*. Leiden & Boston: Brill, 2010, p. 3.

4 R. Peerenboom. “Human Rights and Rule of Law: What's the Relationship?”, in: 36 Georgetown J. Int'l L., 2005, pp. 809 - 828.

5 G. O'Donnell. “Why the Rule of Law Matters”, in: L. Diamond and L. Morlino (Eds). *Assessing the Quality of Democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2005. Note 3 at p. 3.

6 Peerenboom, *supra* note 4, p. 828.

7 Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, UN GA Res. A/67/L.1 (September 19, 2012).

8 Ibid, Article 2.

discrimination to equal protection of the law”.⁹

The Declaration also recognizes that “there are common features founded on international norms and standards which are reflected in a broad diversity of national experiences in the area of the rule of law” and “stress[es] the importance of promoting the sharing of national practices and of inclusive dialogue”.¹⁰

For the purposes of this paper at least, I take the position that the democratic rule of law means that the laws of a nation apply to all public and private actors, including the state, so that no actor is above the law; the conduct of government, public officials and the public administration must be supported by law and fairness principles; laws must be just, fair and equitable; and the legal system and state institutions must be designed to protect human rights.¹¹ In particular, as Diamond and Morlino state, under a democratic rule of law, “[a]t all levels, the state bureaucracy applies the laws competently, efficiently and universally, and assumes responsibility in the event of an error”.¹² Legal but improper conduct on the part of the authorities should also be rectifiable under the democratic rule of law. As O’Donnell states:

“state institutions should treat all individuals with due consideration and respect, and there must be adequate mechanisms for the prevention and redress of situations that ignore this requirement”.¹³

Further, a democratic rule of law is required to support the effective performance of state horizontal accountability mechanisms such as NHRIs.

3. Good governance

A democratic state and the democratic rule of law, however, are prerequisites for the exercise of good governance, although the former does not automatically result in the latter.¹⁴ Good governance is a broad term that encompasses a number of standards of desirable governmental behavior.¹⁵ The main aspects of good governance are “properness” (which I

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid, Article 10.

¹¹ See e.g. G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*, *supra* note 1, p. 13; J. McMillan, “The Ombudsman and the Rule of Law”, in: (2004) 8 *The Int’l Omb. Yrbk.*, pp. 3-5; Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels, *supra* note 7; L. Diamond and L. Morlino. “Introduction”, in: Diamond and L. Morlino (Eds). *Assessing the Quality of Democracy*, *supra* note 5, ix at xiv-xvi.

¹² Diamond and Morlino. Ibid, p. xiv.

¹³ O’Donnell. *Supra* note 5, p. 15.

¹⁴ L.C. Reif. *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, p. 64.

¹⁵ The normative status of these standards is beyond the scope of this paper. See e.g. Reif, Ibid, pp. 62-77; T. van Boven. “Is There an Emerging Right to Good Governance?”, in: L.E. Green (Ed). *Proceedings of the Netherlands-Canada/1995 Distinguished Lecture Series*. The Hague: The Netherlands-Canada Committee, 1996, p. 57; G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*, p. 19.

define as the legality and fairness of governmental conduct), accountability, transparency, public participation, effectiveness and respect for and implementation of human rights.¹⁶

Good governance practices must be applied to all branches of government but the focus of this paper will be good governance of the executive/administrative branch.¹⁷ Good governance practices include a professional, merit-based, transparent, efficient, accountable and human rights protective public administration.¹⁸ Good governance also entails the elimination of corruption in the public and private sectors.¹⁹ In some jurisdictions, e.g. the European Union and South Africa, there is even a right to good administration.²⁰ In the 2012 Declaration on the Rule of Law, the General Assembly states:

“we affirm the principle of good governance and commit to an effective, just, non-discriminatory and equitable delivery of public services pertaining to the rule of law, including criminal, civil and administrative justice...”²¹

The public accountability of the administrative authorities strengthens both the legitimacy of the administrative branch and good governance.²² Accountability involves compliance with law, including the implementation of administrative law principles such as procedural fairness, due process in decision-making, reasoned decisions and public access to information.²³ In addition, ombudsman institutions, including NHRIs that take the human rights ombudsman form, often are empowered to determine whether administrative conduct is unjust or wrong based on broader fairness and ethical principles, in addition to their mandate to determine whether such conduct is legal. Thus, even if bureaucratic behavior is legal, conduct that is unreasonably slow, disrespectful or careless can be censured by the human rights ombudsman.

State respect for and protection of human rights, as part of good governance, may be implemented in a nation through numerous acts of the state. These include ratification

16 G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*, p. 23. See also: H. Addink. “Three Legal Dimensions of Good Governance: Some Recent Developments” in this volume.

17 See e.g. Reif. *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, *supra* note 14, pp. 62-66. Good governance can be categorized into political and economic components. The former addresses government institutions, legal protection of human rights etc., while the latter address e.g. the development of a free market economy with legal protections.

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*, pp. 63-64.

20 European Union Charter of Fundamental Rights, <www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm>, Article 41; South Africa Constitution (1996), Article 33. See J. Wakefield. *The Right to Good Administration*. Kluwer Law International, 2007. In this volume J. Ponce Solé. “El derecho a la buena administración y la calidad de las decisiones administrativas”.

21 *Supra* note 7. Article 12.

22 S. Owen. “Good Governance”, in: A. Grzybowski and S. Owen. *Good Governance and Conflict Management: A Framework for Conflict Analysis and Resolution*. Victoria: Institute for Dispute Resolution. University of Victoria, 2001, pp. 3-4.

23 The convergences and differences of domestic administrative law are beyond the scope of this paper. See generally: S. Rose-Ackerman (Ed). *Comparative Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2010; M. Ruffert. (Ed). *The Transformation of Administrative Law in Europe*. Munich: European Law Publishers, 2007.

of international human rights instruments and their domestic implementation; the establishment of a domestic human rights law framework through constitutional protections and legislation; investigation and prosecution of human rights abuses committed by state and non-state actors (due diligence obligations); the development of a strong and effective judiciary to prosecute and adjudicate allegations of human rights violations; and the establishment and maintenance of an effective NHRI for human rights protection and promotion.

4. National human rights institutions (NHRIs) and the protection and promotion of human rights

As noted earlier, national human rights commissions and human rights ombudsman institutions are the two main types of NHRIs. The international community considers human rights commissions/ombudsmen on the sub-national level and thematic human rights institutions, such as the children's ombudsman, to be other types of domestic institutions for the protection of human rights.²⁴ The classical ombudsman, appointed by the legislative branch of government to supervise the administrative branch of government to ensure that it is acting legally and fairly, also plays a secondary role in human rights protection even though it does not have an explicit human rights protection mandate. As the definition and mandates of NHRIs have evolved in the past decade, classical ombudsman institutions are not generally accepted as constituting NHRIs.²⁵

4.1. Human rights commissions

Human rights commissions are multi-member institutions that have been endowed with a variety of human rights protection and promotion functions.²⁶ Some commissions are advisory or research institutions, focusing on human rights promotion, with mandates including lobbying and advice to government (e.g. on signing and ratifying human rights treaties and improving domestic laws and their implementation), and human rights research, education and public awareness raising. Other commissions have additional human rights protection powers such as public complaints handling, the holding of inquiries, and intervening in and acting as *amicus curiae* in court actions concerning human rights matters.

24 L.C. Reif. "The Shifting Boundaries of NHRI Definition in the International System", *supra* note 2, p. 57; ICC. *Report and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation (SCA)*. March 26-30, 2012, Annex III (General Observations) [ICC General Observations]. General Observation 1.5 "Cooperation with other human rights institutions".

25 Reif. *Ibid*, pp. 71-72.

26 See A. Pohjola. *The evolution of national human rights institutions: The role of the United Nations*. Copenhagen: Danish Institute for Human Rights, 2006.

Human rights commissions are found in a variety of countries around the world, especially in Western Europe, Canada, Africa and the Asia-Pacific regions.²⁷ In the Latin American region, Mexico, Uruguay and Chile have NHRIs in the form of human rights commissions.²⁸ In contrast, most Latin American nations with NHRIs have established human rights ombudsman institutions.

4.2. Human rights ombudsman institutions

The human rights ombudsman is known by a variety of titles such as *Defensor del Pueblo* (Defender of the People), *Procurador para la Protección de los Derechos Humanos* (Human Rights Attorney), Commissioner for Human Rights, *Provedor de Justiça* (Provider of Justice) and even just simply “Ombudsman”. The institution is usually headed by one person (the Ombudsman, *Defensor*, Commissioner etc.), and has an express human rights protection function and often also an additional human rights promotion mandate.²⁹ A number of human rights ombudsman institutions, such as those modeled on the Spanish *Defensoría del Pueblo*, also have the traditional ombudsman role of combating maladministration. In addition to classical ombudsman powers – investigating complaints from the public, opening investigations on its own initiative, recommending the government to change the law, policy and practice, and reporting to the legislature and the public – the human rights ombudsman often has additional powers to further human rights protection and promotion.

These may include the powers to inspect facilities where persons are involuntarily detained, bring actions before the country’s constitutional court, administrative courts and/or other courts, prosecute officials, engage in human rights research and education, and advise governments on ratifying human rights treaties and reforming their domestic laws.

While most human rights ombudsman institutions have jurisdiction only over the executive/administrative branch of government, some institutions have jurisdiction over the judicial power (e.g. the administration of the judiciary) and some institutions have jurisdiction over the conduct in the private sector.³⁰

Human rights ombudsman institutions are dominant in Latin America and Central and Eastern Europe, and are increasingly found in Western Europe and other parts of the

27 See e.g. International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights (ICC), *Chart of the Status of National Institutions Accredited by the ICC* (May 2012).

28 L.C. Reif. “Transplantation and adaptation: The evolution of the human rights ombudsman”, in: (2011) 31 Boston College Third World L. J., pp. 277.

29 See generally *ibid.*

30 L.C. Reif. *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, *supra* note 14, pp.13-14, pp. 401-402.

world.³¹ The Spanish *Defensoría del Pueblo* model, with dual maladministration fighting and human rights protection mandates, including powers to bring unconstitutionality and *amparo* actions before the constitutional court, has been influential for many Latin American countries. Peru, Argentina, Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Colombia, Panama, Paraguay and Venezuela also established *Defensorías del Pueblo* (or *Defensoría de los Habitantes* in the case of Costa Rica), but often in adapted forms.

Some of the Central American countries have adopted the human rights *procurador* or commissioner model with a focus on human rights.³² In contrast to the Spanish model, Latin American human rights ombudsman institutions have often been given additional human rights promotion mandates (e.g. research, education), their human rights protection powers often include additional court actions (e.g. *habeus corpus*, *habeus data* and popular actions) and some have been endowed with other functions.

4.3. Peru's Defensoría del Pueblo

Peru's *Defensoría del Pueblo* was created during difficult times when the 1993 Constitution was enacted and after Fujimori's *autogolpe*. Articles 161-162 of the 1993 Constitution created the *Defensoría del Pueblo* as a national institution, supported by an organic law and with autonomy in the exercise of his/her functions.³³ The Constitution requires that for a person to be elected as the *Defensor* at least two-thirds of the members of Congress must vote in favor.³⁴ The *Defensoría* was given dual human rights protection and ombudsman-like public administration oversight mandates.³⁵ Article 162 of the Constitution states that the *Defensor's* duty is to "defend the constitutional and fundamental rights of the person and the community and to ensure the enforcement of the duties of the State administration and the delivery of public services to the citizens".

The *Defensoría* can enforce a full spectrum of rights and has jurisdiction over the entire ambit of public administration, including all levels of government, the national police, the administrative activities of the judicial branch and private entities that provide public services.³⁶ The institution can investigate complaints from the public on receipt of a complaint

31 L.C. Reif. "Transplantation and adaptation: The evolution of the human rights ombudsman", *supra* note 28, pp. 276-280.

32 El Salvador: Procurador para la Defensa del los Derechos Humanos; Guatemala: Procurador de los Derechos Humanos; Nicaragua: Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos; Honduras: Comisionado Nacional de los Derechos Humanos. *Chart of the Status of National Institutions Accredited by the ICC*, *supra* note 27.

33 Peruvian Constitution (1993); Organic Law N° 26520 as am., <www.defensoria.gob.pe>. See also T. Pegram. "Accountability in hostile times: The Case of the Peruvian human rights ombudsman 1996-2001", in: (2008) 40 J. Lat. Amer. Stud. 51 ["Case of the Peruvian Human Rights Ombudsman 1996-2001"].

34 Peruvian Constitution (1993), Article 161.

35 Ibid, Article 162.

36 Organic Law N° 26520, *supra* note 33, Articles 9(1), 14, 30.

or on the *Defensor's* own motion and make recommendations to rectify any illegal or unfair conduct of the public authorities. The *Defensor* can launch unconstitutionality, *amparo*, *habeas corpus*, *habeas data*, popular and compliance actions before the Constitutional Court.³⁷ The *Defensor* can also initiate or participate in administrative proceedings to represent person(s) in the defence of the fundamental rights of the person or community.³⁸ Other functions enjoyed by the *Defensoría* include initiating the drafting of legislation, promoting Peru's signature and ratification of human rights treaties and publicizing human rights treaties.³⁹

The *Defensoría* has always received a mix of maladministration and human rights complaints.⁴⁰ It places a special focus on vulnerable persons and their rights: children and youth, women, disabled persons, indigenous peoples, persons affected by violence, persons deprived of their liberty, pensioners and immigrants.⁴¹ In 2011, the public authorities subject to the highest number of complaints were: local governments, regional offices of the education ministry, the National Pensions Office (Oficina de Normalización Previsional, ONP), regional offices of the health ministry, the National Police of Peru (PNP) and the judicial power.⁴² The five most frequent topics in the total number of complaints received in 2011 were: social and work security, access to public information, education, health and access to justice.⁴³

Among these complaints were: delays or irregularities in sending documents; delays or failures in sending pension payments; lack of responses within the legally required period of time; irregularities connected with the attendance of teaching staff; potential violations of the right to free education; inadequate administrative organization impeding or delaying access to health services; lack or shortage of personnel in health care facilities; delays in judicial actions (*celeridad procesal*); delays in preliminary investigations and non-execution of judicial decisions were the most common.⁴⁴

The most recent top maladministration complaints indicate that unfair, but not necessarily illegal conduct of the public authorities is a major concern. The *Defensoría* has also become involved in monitoring and mediating social conflicts, and monitoring public sector

37 Ibid, Article 9(2).

38 Ibid, Article 9(3).

39 Ibid, Article 9(4)(7); Peru Constitution (1993), *supra* note 33, Article 162.

40 L.C. Reif. *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, *supra* note 14, pp. 200-205; T. Pegram. "Weak institutions, rights claims and pathways to compliance: The transformative role of the Peruvian human rights ombudsman", in: (2011) 39:2 *Oxford Development Studies*, p. 229 ["The Transformative Role of the Peruvian Human Rights Ombudsman"].

41 <www.defensoria.gob.pe>.

42 Defensoría del Pueblo. *Decimoquinto Informe Anual*. Enero – Diciembre 2011, p. 24.

43 Ibid, p. 26.

44 Ibid, pp. 26-28.

ethical conduct, the prevention of corruption, transparency, access to information and environmental protection.⁴⁵

5. NHRI effectiveness factors: UN Paris Principles and the ICC

The UN's Paris Principles are the international standards that should be followed in the construction of the legal framework and operation of NHRIs.⁴⁶ The International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights (ICC) is composed of NHRI representatives from around the world.⁴⁷ The ICC issues General Observations that provide more detail on individual Paris Principles and it operates an NHRI accreditation process that, among its purposes, acts as a gatekeeper mechanism, with A-level accreditation (full compliance with the Paris Principles) permitting the NHRI full participation in UN human rights processes.⁴⁸ The ICC accreditation process also serves as an incentive for states to strengthen their NHRIs when they receive a B or C-level accreditation.

The Paris Principles require that NHRIs are independent from the government, have a broad constitutional and/or legislative mandate that cover all human rights issues and maintain a pluralist representation.⁴⁹ Independence from government is achieved through such means as: appointing the commissioners/ombudsman by the legislative branch; requiring the NHRI to report to the legislative branch rather than the executive branch of government; establishing very limited grounds upon which the NHRI's office-holder(s) can be removed from their positions before the end of a legislatively defined term of office; and providing adequate funding.⁵⁰

The NHRI's mandate should include both human rights protection and promotion.⁵¹ It should be endowed with a wide range of functions that include: advising, putting forward proposals and reports to government on any human rights matter; encouraging the nation to ratify human rights treaties and ensuring their domestic implementation; promoting the harmonization of national law and practice with international human rights obligations of

45 Ibid, pp. 73-81, pp. 131-142; T. Pegram, "The transformative tole of the Peruvian human rights ombudsman", *supra* note 40, p. 230 and p. 244; <www.defensoria.gob.pe> (see monthly report on social conflicts).

46 Principles Relating to the Status of National Institutions (Paris Principles), UN G.A. Res. 48/134, UN Doc. A/RES/48/134 (1993). See e.g. International Council on Human Rights Policy, *Assessing the Effectiveness of National Human Rights Institutions*, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2005.

47 See ICC <<http://nhri.ohchr.org/EN/Pages/default.aspx>>.

48 ICC, General Observations, *supra* note 24. See also B-level status (partial compliance with the Paris Principles) and C-level status (noncompliance with the Paris Principles). The accreditation process and initial composition of General Observations are carried out by the ICC's Sub-Committee on Accreditation (SCA). The text will refer to the ICC in all cases rather than to its SCA.

49 Paris Principles. *Supra* note 46.

50 The Paris Principles only cover adequate funding and "appointment shall be effected by an official act which shall establish the specific duration of the mandate", *ibid*, "Composition and guarantees of independence and pluralism".

51 *Ibid*, "Competence and responsibilities", 1.

the state; contributing to periodic state reports submitted to treaty committees and bodies; engaging in human rights research, education, teaching and public awareness-raising; and cooperating with the UN and its agencies, regional organizations and other NHRIs.⁵² The NHRI should also maintain relationships with other domestic human rights bodies, human rights non-governmental organizations (NGOs) and other NGOs.⁵³

Many of the Paris Principles have been elaborated in the ICC General Observations. Some of the General Observations provide interpretative flexibility to enable human rights ombudsman institutions to fit the Paris Principles as they were drafted based on an 'advisory human rights commission model'. Others provide more direction on the requirements for NHRI legislation and practice.

However, based on the advisory human rights commission template, the Paris Principles only suggest, but do not require that a NHRI have a human rights complaints-handling power.⁵⁴ In reality, all human rights ombudsman institutions and many human rights commissions have the power to handle individual complaints from the public, and many NHRIs can launch on its own initiative investigations or public inquiries.

Also, as more human rights treaties require state parties to use NHRIs to oversee domestic compliance with their treaty obligations, a growing number of human rights commissions and human rights ombudsman institutions have been designated as National Preventive Mechanisms (NPMs) under the UN Optional Protocol to the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT) and as the domestic implementing mechanism for the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD).⁵⁵

In sum, the implementation of the Paris Principles through the creation of a robust legal framework for the NHRI and ICC oversight facilitates the effective fulfillment of NHRI mandates in human rights protection and promotion.

Most of the NHRIs in Latin America have received A-status accreditation by the ICC,

52 Ibid, "Competence and responsibilities", 3.

53 Ibid, "Methods of operation", (f) and (g).

54 Ibid, "Additional principles concerning the status of commissions with quasi-jurisdictional competence".

55 Optional Protocol to the UN Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 2375 U.N.T.S. 237 (in force June 22, 2006); UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 46 I.L.M. 445 (in force May 3, 2008). See Association for the Prevention of Torture, *OPCAT Database*, <www.apt.ch/en/opcat-database/> for information on human rights commissions and human rights ombudsman institutions designated as OPCAT NPMs. See also ICC and Canadian Human Rights Commission, *Survey of National Human Rights Institutions on Article 33.2 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities* (August 2011). Peru ratified the OPCAT in 2006 but has not yet designated a NPM, *OPCAT Database*, *ibid*. Peru ratified the CRPD in 2008 but has not yet established a national monitoring mechanism in compliance with the Paris Principles, UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Concluding Observations: Peru*, UN Doc. CRPD/C/PER/CO/1 (May 16, 2012).

although the ICC has provided constructive criticism when the NHRIs have been re-accredited by the ICC.⁵⁶ In particular, Peru's *Defensoría del Pueblo* has always held ICC A-status, denoting full compliance with the Paris Principles.⁵⁷ However, on its 2012 reaccreditation, the ICC made a number of comments to improve the *Defensoría's* remit and working environment, most of which require the government to amend the governing law or provide additional resources to the institution.⁵⁸

The ICC noted that neither the Peruvian Constitution nor the *Defensoría's* founding law expressly endow the institution with a human rights promotion mandate, although in practice it does engage in human rights promotional activities. The ICC encouraged the *Defensor* to continue with this promotional work and to "advocate for legislative amendments to more clearly establish a broad mandate to both protect and promote human rights".⁵⁹

The ICC was also critical of the legislative process of electing the *Defensor*, because the requirement for a two-thirds majority vote has made it difficult to reach agreement and has resulted in the need to appoint "Acting *Defensores*" through procedures that do not comply with the Paris Principles.⁶⁰ The ICC indicated that a "clear, transparent and participatory selection process that promotes merit based selection and ensures pluralism" is required in order to increase the independence of the *Defensor* and promote public confidence in the NHRI's senior leadership.⁶¹

The ICC recommended that the *Defensor* lobby the government for changes in the institution's governing laws/regulations to ensure an effective selection process and guarantee that the new provisions are applied in practice.⁶² Based on the Paris Principles, election of *Defensores* must still be carried out by the legislative branch, but a two-thirds

56 *Chart of the Status of National Institutions Accredited by the ICC*, *supra* note 27. The NHRI in Honduras is the only Latin American NHRI not to have A-status accreditation as of May 2012. Yet various NHRIs in the Americas exhibit different levels of effectiveness which can be attributed to weaknesses in both their legal attributes and one or more of the other factors that influence effectiveness. Based on his research into Latin American NHRIs, Thomas Pegram argues that there are two important elements that can explain the different levels of their effectiveness over time: "(1) the relative stability and enforceability of formal versus informal rules within local settings, and (2) narrow versus expansive mandate interpretation." T. Pegram, *National Human Rights Institutions in Latin America: Politics and Institutionalization* in *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, *supra* note 2, pp. 210 - 238.

57 *Chart of the Status of National Institutions Accredited by the ICC*, *supra* note 27 (accredited in 1999, reaccredited in March 2007 and March 2012).

58 *ICC Report and Recommendations of the Session of the Sub-Committee on Accreditation (SCA)*, March 26-30, 2012, pp. 23-24.

59 *Ibid.*, p. 23. See: *Defensoría del Pueblo, Decimoquinto Informe Anual*, *supra* note 42, pp. 29-34 for description of the NHRI's promotional work in 2011.

60 *Ibid.* Two of the four *Defensores* since the institution's establishment have been elected (the first, Jorge Santisteven de Noriega, and the third, Beatriz Merino), while the other two have served (Walter Albán) or are serving as (Eduardo Vega Luna) Acting *Defensores*.

61 *Ibid.*

62 *Ibid.*, pp. 23-24. The ICC stated that the legal changes should include requirements to: publicize vacancies; maximize the number of candidates from a broad range of societal groups; promote broad consultation and/or participation in the application, screening and selection process; and assess applicants on the basis of preset, objective and publicly available criteria. See Paris Principles, B.1, *supra* note 46; ICC General Observations, *supra* note 24, General Observation 2.2 "Selection and Appointment of the Governing Body".

vote requirement may be too high in the context of Peruvian politics.

Although the Paris Principles are based on a human rights commission template and one of the principles require pluralism in the commission/NHRI members, the ICC General Observations have interpreted this provision more broadly to apply to human rights ombudsman institutions. The ICC require pluralism in the human rights ombudsman's staff so that they represent the diversity of the nation's society, thereby permitting the NHRI to engage in all human rights issues of relevance to the nation and promoting the NHRI's accessibility for all persons in the country.⁶³ The ICC noted that the Peruvian *Defensoría*'s governing law does not address this need for staff diversity and suggested that the *Defensor* also lobby the government for relevant changes to the legislation or adopt institutional policies and procedures to attain staff pluralism.⁶⁴

Finally, the ICC indicated with concern that although the *Defensoría*'s budget permits it to carry out its mandate, the institution is operating at maximum capacity. As the Paris Principles require that the state provide the NHRI with adequate core funding, the ICC added that "adequate funding should, to a reasonable degree, ensure the gradual and progressive realization of the improvement of the organization's operations and the fulfilment of its mandate."⁶⁵ The Peruvian state's problematic resourcing of the *Defensoría* is illustrated by the fact that several hundred employees of the *Defensoría* did not receive a salary increase for sixteen years until the government relented and granted a pay raise in December 2012.⁶⁶

6. Other NHRI effectiveness factors

In addition, other non-legal factors affect NHRI effectiveness. These factors are often interconnected and include: the level of resources allocated to the NHRI; the expertise and character of the NHRI's leader(s) and the NHRI's senior staff; and the quality of democracy, the political environment and the associated ability of the ombudsman to build alliances with social actors in the state.⁶⁷

While the Paris Principles include adequate funding as one factor contributing to the independence of the NHRI, the resources enjoyed by the institution is an important factor that determines its overall effectiveness. The ICC looked at adequate funding more

63 Ibid. p. 24; Paris Principles, "Composition and Guarantees of Independence and Pluralism", supra note 46; ICC General Observations, *ibid*, General Observation 2.1(d) "Ensuring pluralism".

64 Ibid.

65 Ibid; Paris Principles B.2, supra note 46; ICC General Observations, supra note 24, General Observation 2.6 "Adequate funding".

66 "Gobierno sube los sueldos a los trabajadores de la defensoría", *El Comercio* (December 3, 2012) at A12.

67 For more detail on these effectiveness factors see Reif, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, supra note 14, pp. 395-410 on human rights ombudsman institutions. See also R. Murray. "National Human Rights Institutions. Criteria and Factors for Assessing Their Effectiveness", in: (2007) 25 Neth. Q. H.R., p. 189.

generally, as seen in its recommendations for strengthening Peru's *Defensoría del Pueblo*. Every NHRI needs to have sufficient financial, human and technological resources to carry out all of its legislative mandates effectively. Insufficient resourcing of NHRIs is a common problem throughout the world and directly and negatively impacts the ability of the NHRI to operate effectively.

There are various motivations for governments to underfunding NHRIs: economic problems that result in budgetary downsizing; budgeting decisions that do not prioritize human rights protection; and even deliberate attempts by the government to muzzle NHRIs through resource cuts. As is the case with many NHRIs, Peru's *Defensoría* is underfunded, although on a regional basis it has fared better than other NHRIs.⁶⁸

The character and expertise of the person or persons appointed or elected to head the NHRI is a crucial factor in determining the effectiveness or lack thereof of the NHRI. They should have expertise in human rights matters and administrative experience. The appointee should have credibility from the viewpoint of both the public and the government, but she or he should be politically neutral. It is crucial that the NHRI not become, or be perceived to have become, politicized as this can erode the credibility of the institution in the eyes of the populace.

The persons selected should also have the strength of character, good judgment and the courage to make decisions that can sometimes be difficult or controversial. In Peru, the persons elected or appointed as *Defensores* have had the necessary expertise and character and have been seen as effective leaders of the NHRI.⁶⁹ Similarly, Pegram has demonstrated that the high caliber, professional expertise and relatively long tenure of the NHRI's senior staff members have been important factors contributing to the effectiveness of the *Defensoría*.⁷⁰

NHRIs and other horizontal accountability institutions usually cannot fulfill their mandates effectively in states that do not enjoy a certain level of democracy. In this respect, NHRI effectiveness is closely linked with the democratic rule of law, discussed in detail earlier in this paper and in the following section. Where the state has a shallow democracy, Pegram has explored how the degree to which an NHRI can develop and maintain alliances with non-state accountability mechanisms can also strengthen the effectiveness of the NHRI. In particular, his research on Peru's *Defensoría* demonstrates how successive *Defensores*

68 T. Pegram. "The transformative role of the Peruvian human rights ombudsman", *supra* note 40, pp. 232-233.

69 Ibid, p. 232 (referring to the first three *Defensores*).

70 T. Pegram. "Case of the Peruvian human rights ombudsman 1996-2001", *supra* note 3, pp. 60-61, p. 80.

have developed alliances or collaborative relationships with human rights and other NGOs, consumer groups, the Catholic church, the media and international aid donors to facilitate the fulfillment of the institution's mandates and, more generally, strengthen the persuasive voice of the *Defensoría* and protect its credibility and stature.⁷¹

7. The role of NHRIs in strengthening the democratic rule of law

O'Donnell has argued that horizontal accountability mechanisms, such as NHRIs, can only be effective in states that enjoy a democratic rule of law since in its absence their work will be hindered by state actors who may be threatened by the work of NHRIs.⁷² In other words, NHRIs need to operate within a state that has established a thick rule of law in order to be truly effective.

The state must have a democratic system that places controls on the exercise of power, with some form of “checks and balances” in governance. As mechanisms of horizontal accountability, NHRIs need to operate in a democracy where they can be both appointed and supported by the legislative branch of government so that they can operate securely in their work that delves into the conduct of the executive/administrative branch. Further, the state must have established some basic human rights norms, so that both the judiciary and NHRIs can engage in human rights protection. While one or two exceptional situations come to mind, such as the operation of Peru's *Defensor del Pueblo* during the Fujimori period and the transition to democracy, in general the soft power enjoyed by most NHRIs requires the democratic rule of law.⁷³

Once the democratic rule of law exists in a state, NHRI activities can assist in strengthening democracy and the rule of law through their various human rights protection and promotion mandates that act as checks on the executive/administrative branch of government and apply human rights law in the course of their activities. Those NHRIs with ombudsman functions that enable them to investigate maladministration generally strengthen the democratic rule of law by delving into complaints of illegal and/or unfair conduct by the public administration.

8. The role of NHRIs in strengthening good governance

As noted earlier, in addition to the effective promotion and protection of human rights,

71 Ibid, pp. 61-67, pp. 70-74; T. Pégam, “The transformative role of the Peruvian human rights ombudsman”, *supra* note 40, pp. 241-244.

72 O'Donnell. *Supra* note 5, p. 3.

73 See T. Pégam, “Case of the Peruvian human rights ombudsman 1996-2001”, *supra* note 33.

good governance requires legality and fairness of government conduct, accountability of government institutions, transparency and public participation.

The methods by which NHRIs can improve legality and fairness of government conduct, and increase both transparency of government and public participation are wrapped up in the roles of NHRIs as mechanisms of horizontal and vertical accountability, discussed in the following sections of the paper.

8.1. NHRIs as horizontal accountability institutions

Most commentators classify NHRIs as “horizontal accountability” institutions because they are state sector institutions mandated to improve the accountability of the executive/ administrative branch of government (and sometimes also additional governmental branches).⁷⁴ In the fulfillment of their mandate to improve government accountability, NHRIs also improve the legality and fairness of government conduct through their various functions.

As Schedler explains: “[a]dministrative accountability reviews the expediency and procedural correctness of bureaucratic acts... legal accountability monitors the observance of legal rules; and constitutional accountability evaluates whether legislative acts are in accordance with constitutional rules.”⁷⁵

NHRIs further constitutional, legal and administrative accountability of the government through their many human rights protection and promotion functions.⁷⁶ In particular, NHRIs allowing public complaints and the power to initiate investigations on its own initiative, such as Peru’s *Defensoría*, can increase constitutional, legal and administrative accountability through: their investigations of governmental conduct; their recommendations for changes to law and policy; and their reporting to the legislature and the citizenry on the level of compliance of the public authorities with law and administrative justice norms.⁷⁷ Human rights ombudsman institutions that also have classical ombudsman functions of

74 See A. Schedler, L. Diamond and M.F. Plattner (Eds). *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Lynne Rienner Publishers, 1999. E.g. a few human rights ombudsman institutions have different degrees of jurisdiction over the judiciary. But see Bovens who characterizes classical ombudsman institutions that report to the legislative branch, and thus obtain their authority from this relationship, as a form of “diagonal accountability” when based on the nature of the forum in which the authorities’ conduct is scrutinized, M. Bovens. “Analysing and assessing accountability: A conceptual framework”, in: (2007) 13:4 European Law J., pp. 452-455, pp. 460-461. See also F. Bignami. “From expert administration to accountability network: A new paradigm for comparative administrative law”, in: (2011) 59 Am. J. Comp. L., p. 859.

75 A. Schedler. “Conceptualizing Accountability”, in: A. Schedler, L. Diamond and M.F. Plattner (Eds). *The Self-Restraining State*, pp. 13 - 22.

76 See L.C. Reif. *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, *supra* note 14, pp. 59-60 (addressing human rights and classical ombudsman institutions).

77 *Ibid.*

investigating administrative conduct to determine its legality and compliance with broader fairness standards, similar to Peru's *Defensoría*, assist in the improvement of constitutional, legal and administrative accountability.⁷⁸

Human rights ombudsman institutions, such as Peru's *Defensoría*, that can bring actions before their constitutional or supreme courts to determine the constitutionality of legislation, treaties, government inaction etc., further enhance constitutional accountability. Constitutional accountability can be described as a subset of legal accountability in which the enforcement of constitutional laws, including human rights guarantees, are involved.

In strengthening constitutional, legal and administrative forms of accountability, NHRIs such as Peru's *Defensoría* also improve transparency of governance. NHRI annual and special reports presented to the legislature are public reports that highlight instances of government maladministration, human rights breaches, and the actions that may be taken by government to rectify the problems. Constitutional actions launched by NHRIs result in public court actions and are publicly available written judgments. Similarly, public inquiries held by NHRIs are also open to the public and result in written public reports, both making the work of government and potential governmental inaction or wrongdoing transparent. NHRIs that make strategic use of the mass media disseminate widely their findings on the conduct of the public authorities.

Accountability mechanisms such as NHRIs can also be characterized by the degree to which they can demand government compliance. Enforcement accountability is enjoyed by institutions that are empowered to sanction or punish wrongdoers.⁷⁹ The judiciary stands at this end of the spectrum with the power to pass legally binding judgments and orders. However, NHRIs are not courts. Those NHRIs with stronger powers (e.g. prosecuting or recommending the prosecution of public officials, launching court actions) engage in or activate methods of enforcement accountability. In contrast, on the other end of the spectrum, if an institution has powers of answerability-accountability it can only ask the accountable state bodies to provide information and the reasons for and rationales underlying their conduct.⁸⁰ While many NHRIs have enjoyed only, or mainly, soft powers — of investigation, recommendation, reporting to the legislature and the public, advice and the like — these powers produce something more than mere answerability-accountability.

Rather, the accountability of state authorities that most NHRIs can demand is of an

78 Bovens. *Supra* note 74, p. 456 (classical ombudsman exercises administrative accountability).

79 Schedler. "Conceptualizing Accountability", *supra* note 74, pp. 15-17.

80 *Ibid.*, pp. 14-15.

intermediate form, lying between the two poles of answerability and enforcement accountability.⁸¹ While state authorities have to respond with information on their conduct, the NHRI conducts an independent and objective investigation, and if the NHRI finds that the administrative body has acted illegally or unfairly it will recommend corrective action and work to try to persuade the authority to implement the desired result. Backed up by the ability of the NHRI to “name and shame” the authority in its public reports, through wise use of the mass media and alliances with other state and non-state accountability mechanisms, the NHRI can induce government compliance and accountability.

In return for receiving an intermediate rather than a higher enforcement level ability to compel government accountability, the NHRI has much more flexibility of action and remedy compared to the courts. While courts are confined to determining issues of law within narrowly defined parameters, many NHRIs can, in addition, to addressing legal concerns, look at broader fairness and ethical standards and even monitor broader social conflicts with the state. NHRIs with own-motion investigation or public inquiry powers can examine wider systemic or structural problems in the government administration.

Thus, Peru’s *Defensoría* acts as both an enforcement and an intermediate accountability mechanism.

8.2. NHRIs: Their role in facilitating vertical accountability

NHRIs with individual complaints-handling powers also strengthen the vertical accountability of the government to the public.⁸² Individuals can directly lodge their complaints about government behavior or inaction with the NHRI free of charge and if the complaint is within the institution’s jurisdiction the NHRI will investigate impartially, treating both state and complainant on an equal basis. If a complaint is found to be justified, the NHRI will use of all of the powers at its disposal to try to persuade the public authorities to implement its recommendations for remedial action.

Vertical accountability can also be enhanced through NHRI work with NGOs and other social accountability mechanisms. The Paris Principles require NHRIs to develop relations with human rights NGOs and other NGOs relevant to NHRI work.⁸³ NGOs can provide NHRIs with important information and advice that can be taken into account in the NHRI’s work, such as on setting priorities for action, providing research and other expert

81 L.C. Reif. *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, *supra* note 14, p. 61 (addressing human rights and classical ombudsman institutions).

82 *Ibid.*, pp. 61-62.

83 Paris Principles, *supra* note 46, Methods of operation (g).

information, and facilitating the participation of affected persons in the NHRI's work. In particular, the UN CRPD requires that persons with disabilities and their representative organizations shall be involved and participate fully in the domestic monitoring mechanism for the treaty.⁸⁴ As NHRIs are often included in the monitoring framework, they must work closely with disabled persons' organizations.

As the Peruvian *Defensoría*'s work with social accountability mechanisms demonstrates, collaborative work between NHRIs and civil society actors such as NGOs can magnify the possibilities of success in the effort to induce improvements in administrative conduct and practice.⁸⁵ As a state institution with considerable independence of action, the NHRI operates on the boundary between the public and private sectors. Productive relationships between NHRIs and civil society actors can improve the effectiveness of the former as a horizontal accountability mechanism and increase the influence of both in improving government accountability through a vertical linkage between civil society and the state.

9. Conclusions

In addition to the Paris Principles, there are additional non-legal factors that influence NHRI effectiveness such as its level of resources, the character and expertise of the NHRI leader(s) and senior staff members, the level of democracy in the state and the ability of the ombudsman to build social alliances with actors including NGOs, consumer groups and the media. A NHRI that complies with the Paris Principles and scores at least satisfactorily on the effectiveness scale with respect to many or all of the other relevant factors is more likely to make a positive contribution to the state's compliance with its human rights protection and promotion obligations, strengthen both government accountability and the democratic rule of law (in its thick form) and build good governance in the country. However, NHRI effectiveness is difficult to achieve and difficult to maintain, as one or more of the factors affecting its success can change over time.

Peru's *Defensoría del Pueblo* exemplifies the complex matrix of factors that play a role in NHRI effectiveness in human rights protection and promotion, good governance and the strengthening of the democratic rule of law. Despite its often difficult political and economic environment, the *Defensoría* has proved to be a relatively effective institution to date. As Pegram argues, it "has played a significant role in addressing the urgent needs and demands of Peruvian citizens in an often adverse political and institutional terrain through

⁸⁴ *Supra* note 55, Article 33.

⁸⁵ See also E. Peruzzotti. "The societalization of horizontal accountability: Rights advocacy and the Defensor del Pueblo de la Nación in Argentina", in: *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, *supra* note 2, 243 at pp. 254-255.

the articulation and facilitation of rights claims”.⁸⁶ In addition, its ombudsman mandate to oversee government maladministration is becoming increasingly important as Peruvian democracy matures.

86 T. Pegram. “The transformative role of the Peruvian human rights ombudsman”, *supra* note 40, p. 230.

EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA CALIDAD DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS*

Juli Ponce Solé**

1. Introducción: La creciente relevancia de la buena administración

El reconocimiento paulatino del derecho a una buena administración en documentos y normas jurídicas ha llevado a Cassese a hablar del “siglo de la buena administración”.¹

Este auge de la buena administración está vinculado con *la reivindicación creciente del papel del derecho en la gestión pública*.² Una perspectiva, la legal, que debe abandonar “el acartonamiento de la corporación administrativista en el paradigma antidiscrecional”,³ que considera la discrecionalidad como el *Caballo de Troya del Estado de Derecho*.⁴ Asimismo conecta con una reivindicación creciente del Derecho Público en la gestión pública, como instrumento habilitador de la *calidad* de ésta con el respeto de los derechos implicados en la misma.

La cuestión esencial que es preciso abordar es la siguiente, planteada utilizando las expresivas palabras de Tornos: “¿es indiferente al derecho que la administración adopte o no la solución más razonable, debiendo conformarse el ordenamiento administrativo con garantizar que no se adopte una decisión irracional?”⁵ Debemos responder a esta pregunta de forma negativa. Como señala Braibant, “incluso cuando las autoridades administrativas están autorizadas a hacer lo que quieran, no pueden hacer no importa qué”.⁶

* El origen de este trabajo se encuentra en las consideraciones que fueron desarrolladas en la ponencia presentada en el marco de la Conferencia Internacional “Buen gobierno y derechos humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú”, organizada por las Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Utrecht, con el apoyo de la Universidad de Barcelona, celebrada en la ciudad Lima, Perú, en diciembre de 2012. El texto original se ha enriquecido luego con las aportaciones efectuadas durante el seminario que tuvo lugar durante el mismo mes de diciembre de 2012 en Barcelona, en el marco del Proyecto de Investigación I+D Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción (DER 2011-28122), financiado por Ministerio de Ciencia e Innovación de España, proyecto de investigación del cual es resultado esta aportación. Quiero agradecer a los profesores Alberto Castro y Joan Queralt sus respectivas amables invitaciones.

** Doctor en Derecho y Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona.

1 Sabino Cassese. “Il diritto alla buona amministrazione”, en: *European Review of Public Law*, Vol. 21, N° 3, otoño de 2009, p. 1037 y ss.

2 Joan Prats. “Derecho y *management* en las Administraciones Públicas”, en: *Ekonomia: Revista vasca de economía*, N° 26, 1993 (ejemplar dedicado a La Nueva Gestión Pública: Factor de competitividad), pp. 130-143.

3 Joan Prats. *De la burocracia al Management, del Management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*. Madrid: INAP, 2005, p. 71.

4 Palabras de Hans Huber citadas por Martin Bullinger. “La discrecionalidad de la administración. Evolución y funciones, control judicial”, en: *La Ley*, Año VIII, N° 1831, 30 de octubre de 1987, p. 899, nota 26.

5 Joaquín Tornos Mas. “Discrecionalidad e intervención administrativa económica”, en: Eduardo Hinojosa Martínez y Nicolás González-Deleito Domínguez (Coord.). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Civitas, 1996, p. 407.

6 Conclusiones en Guy Braibant, «CE», de 13 de noviembre de 1970, Sieur Lambert, AJDA, 1971, p. 53.

La administración no puede elegir cualquier solución, por mucho que emplee criterios extrajurídicos para ello. El ordenamiento jurídico desea que la administración quiera decisiones que no lo vulneren, *pero quiere también que la administración adopte buenas decisiones, que administre bien, con calidad, en definitiva* que, cuando decida, lo haga para servir de la mejor manera posible a los intereses generales.

Una consecuencia directa de este nuevo enfoque es que ya no sea posible sostener que:

“El panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, (...), que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador”.⁷

En nuestra opinión, ni las alternativas son indiferentes jurídicamente ni el único límite es la arbitrariedad.

El derecho a una buena administración, *al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad*, actúa como límite más allá de la mera arbitrariedad, siendo, además, *guía para los gestores públicos en la toma de decisiones*. Y, por tanto, se trata de un útil instrumento en el control administrativo en garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, tanto individuales como colectivos.

Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia **Öneryıldız contra Turquía**, de 30 de noviembre de 2004, aunque “el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas” (como por ejemplo, las urbanísticas) y “en las medidas que resulten”, ello “no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar” conforme a principios de buen comportamiento público.

El derecho a la buena administración supone, pues, un auténtico cambio de paradigma en el entendimiento, análisis y control de la actividad pública,⁸ pues respecto a ésta debe entenderse, ante todo, que incluso la producción de actos jurídicos formalizados (autorizaciones, reglamentos, etc.), como resultado del ejercicio de potestades administrativas, supone un

⁷ Tribunal Supremo español. Sentencia de 3 de mayo de 2010, citando otras anteriores.

⁸ Utilizamos la expresión paradigma en el sentido empleado en el ámbito de las ciencias naturales por Thomas Kuhn. *The structure of scientific revolutions*. University of Chicago, Tercera Edición, 1996 (existe traducción al español: *La estructura de las revoluciones científicas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1981), extendiéndolo en este caso a las ciencias sociales y, concretamente, al Derecho (público).

servicio para la colectividad, como lo es la gestión de hospitales o de escuelas, servicio que puede y debe ser evaluado tomando como parámetros, entre otros, los criterios de eficacia, eficiencia y economía, que pueden articularse a través del procedimiento de elaboración de esas decisiones.⁹ Esta reflexión nos conduce a la relevancia del Derecho en garantía de la buena administración, aunque ésta no sólo dependa de él (pero también de él).

Y, en consecuencia, la *legitimidad* de la administración ya no sólo descansa en la ejecución de la ley (lo que es insuficiente cuando existe discrecionalidad), ni siquiera en la eficacia, eficiencia y economía de sus actuaciones (como propugna el *New Public Management*) sino que encuentra una fuente adicional en el modo de adoptar las decisiones, en un contexto de buena gobernanza y de relaciones entre actores públicos y privados, como veremos en detalle más adelante.

Veamos todas estas ideas expuestas de modo sumario con más detalle. Para ello, en primer lugar me ocuparé del concepto jurídico de buena administración, distinguiéndolo de otras nociones relacionadas pero distintas y analizando como la buena administración ha llegado ya al Derecho administrativo global y nacional para quedarse. Luego analizaré como la buena administración está conectada con la idea de calidad administrativa, para, en tercer lugar, estudiar cómo se vincula con la legitimidad administrativa y exponer las distintas técnicas jurídicas que pueden potenciar la buena administración (evitando, pues, la mala administración y, dentro de ésta, el supuesto extremo de la corrupción), para, finalmente, hacer un repaso de las garantías de la buena administración que el moderno Derecho administrativo puede aportar.

2. El concepto de buena administración

2.1. Lo que no es la buena administración. La necesidad de precisar su significado en aras de una adecuada argumentación jurídica

Ahora bien, que la buena administración sea capaz de aportar algo significativo a la buena gestión pública y al respeto y promoción de los derechos de las personas depende de la capacidad que se tenga para sustantivar esta noción, evitar confusiones con otros conceptos y hacer operativa la misma en el terreno de la argumentación jurídica y de la práctica administrativa.

⁹ Llama la atención sobre este punto Vincenzo Cerulli Irelli. "La simplificación de la acción administrativa", en: *Documentación Administrativa*, N° 248-249, 1997, pp. 339 y 340, señalando el cambio cultural "de verdadera y propia revolución" que esto comporta, respecto a los administradores, los jueces y los ciudadanos.

Buen gobierno y buena administración: la idea que los gobernantes deben de estar sujetos a un “Deber de Buen Gobierno” ya se halla en diversos autores clásicos (Platón, Sócrates, Aristóteles, Cicerón o Pufendorf, por ejemplo).¹⁰ Sin embargo, todos estos planteamientos se movían en niveles de gran abstracción filosófica, en su caso con apoyo en el Derecho Natural, pero sin base en normas jurídicas. Como comprobaremos luego, desarrollos modernos concretan las obligaciones derivadas de un buen gobierno y de la buena administración (así, en el ámbito español, véase la Ley de la comunidad autónoma balear 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno). Ambas nociones son semejantes, aunque no idénticas, por cuanto el buen gobierno se refiere al desarrollo de la función de gobierno y se conecta con los niveles ejecutivos que desarrollan estas tareas (empezando por los propios gobiernos y siguiendo por los altos cargos), mientras la buena administración se circunscribe al desarrollo de tareas administrativas.

Buena gobernanza y buena administración: modernamente, el paradigma de la *gobernanza* supone el reconocimiento de la existencia de redes integradas por actores públicos y privados en la toma pública de decisiones.¹¹ Los principios de buena gobernanza se dirigen a todos estos actores,¹² mientras que la buena administración se refiere, en concreto, a los públicos. Analizaremos con más detalle la cuestión en el apartado 3.i. En todo caso, en la práctica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza ambas expresiones de forma indistinta, pues aunque alude al principio de buena gobernanza (*good governance*) derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, lo aplica a la actividad administrativa (así, sentencia *Cazja contra Polonia*, de 2 de octubre de 2012, relativa a la revocación de una pensión por parte de la administración polaca de Seguridad Social, a la que luego nos referiremos en 5.v).

Calidad administrativa y buena administración: en conexión con las ideas de buena administración y buena gobernanza, una nueva idea surge en los últimos años, si bien con contornos todavía un poco difusos: la exigencia de *calidad* en la actividad administrativa, que estaría expresando, en definitiva, la necesidad de un nuevo consenso social y político en torno a las administraciones públicas.¹³ El derecho tiene que ver con la calidad y tiene un papel propio en la promoción de ésta, como expresa ahora la obligación jurídica, de desarrollo de una buena administración.¹⁴ Luego tendremos ocasión de profundizar sobre

10 Rafael de Asís Roig. *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Madrid: CEC, 1991, p. 269 y ss.

11 Agustí Cerrillo. “La Gobernanza hoy: introducción”, en: Agustí Cerrillo (Coord). *La Gobernanza Hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: INAP, 2005, p. 20.

12 Comisión Europea. *Libro blanco de la Gobernanza Europea* de 2001. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf>. (Si no se señala lo contrario, los vínculos a páginas web están actualizados a enero de 2013 en éste y en el resto de casos).

13 Juli Ponce Solé. “Quality of Decision-Making in Public Law. Right to Good Administration and Duty of Due Care in European Law and in the US Law”, en: *European Review of Public Law*, Autumn 2009, pp. 1141-1187.

14 Lucie Cluzel-Métayer. *Le service public et l'exigence de qualité*. París: Dalloz-Sirey, 2006.

este concepto, en el apartado 2.

Ética o moralidad y buena administración: dada la vinculación de las Administraciones al ordenamiento jurídico en todo Estado de Derecho, como consecuencia del principio de legalidad, la ética o moralidad pública no puede ser otra cosa, al menos de *lege lata*, que lo que el ordenamiento indique como tal. Por ello, la ética pública se conecta con la buena administración, pues ésta es la expresión de aquélla en acción.¹⁵ Cuando nos referimos a la buena administración, no hacemos alusión a un concepto filosófico, para ser considerado, en todo caso, de *lege ferenda*, sino que aludimos a un concepto jurídico, incorporado - como veremos ya - en diversos ordenamientos y que genera una serie de obligaciones jurídicas públicas susceptibles de ser exigidas por diversas vías.

Principio de proporcionalidad y buena administración: por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, parafraseando a Barnes, éste consiste en un juicio negativo, por cuanto prohíbe que el medio sea “desproporcionado”, mientras que la ponderación que propugna la buena administración, en cambio, se resuelve en un juicio positivo, al perseguir el máximo grado de plenitud de los bienes en presencia.¹⁶ Un medio puede ser proporcional (principio de proporcionalidad), pero no el óptimo (buena administración). Pero el medio óptimo que persigue la buena administración es en todo caso proporcional.

Transparencia, participación, buena administración: buena administración, transparencia y participación no son la misma cosa, aunque guardan entre sí numerosas conexiones. La transparencia y la participación aparecen íntimamente conectadas y son un presupuesto importante de la buena administración, pues, como veremos, ésta implica una ponderación de las normas, hechos e intereses envueltos en la toma de decisiones, y tal ponderación no es posible sin un conocimiento adecuado de los mismos, lo que sólo es posible mediante la transparencia y la participación. Desarrollaremos la cuestión en el apartado 3.i.

Mala administración, corrupción, buena administración: por otro lado, la *mala administración* es considerada como el concepto contrapuesto al de buena administración y cuya existencia revela precisamente la ausencia de ésta. Pese a la dificultad en precisar este concepto, cabe destacar, por ejemplo, los esfuerzos desarrollados en el ámbito de la Unión Europea, en conexión también con las funciones del Defensor del Pueblo europeo.¹⁷ La mala administración puede llegar a suponer *corrupción*, entendida en un sentido amplio como

15 Reynaldo Bustamante Alarcón. “Un modelo de interrelación entre Moral, Poder y Derecho. El modelo prescriptivo de Gregorio Peces-Barba”, en: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Nº 2, 2005, pp. 119-153.

16 Javier Barnes. “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario”, en: *Revista de Administración Pública*, Nº 115, 1994, p. 532.

17 Artículo 43 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf>.

aquel supuesto en que una persona que ostenta un cargo o cumple una función determinada viola (con dolo, lo que diferencia la corrupción de la simple mala administración negligente) un deber propio de tal cargo o función con la expectativa de obtener un beneficio indebido.¹⁸ Por ello, el derecho a una buena administración y las obligaciones jurídicas derivadas del mismo suponen un instrumento de prevención y represión de la misma.¹⁹

Esto es, a más buena administración, menor corrupción.

2.2. El concepto de buena administración y el derecho

2.2.1. Derecho administrativo global y buena administración

Un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado *Derecho Administrativo Global* o Derecho Administrativo Internacional es el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración. Un ejemplo de esta tendencia lo podemos encontrar en la labor desarrollada por el *Apellate Body* de la Organización Mundial del Comercio (OMC o WTO, en inglés).²⁰

2.2.2. Derecho europeo y buena administración

El Consejo de Europa ha sido activo en el ámbito del deber de buena administración. Así, la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena administración incluye varias sugerencias para promover la buena administración.²¹ Por lo que se refiere a la Unión Europea, debe resaltarse la consagración en la Carta de Derechos Fundamentales del derecho a una buena administración, en su artículo 41.²²

18 Oficina Antifrau de Catalunya. "Què és la corrupció? Una aproximació al fenomen i als seus efectes", en: *Einesintegrat*, N° 2. Disponible en: <<http://www.antifrau.cat/ca/publicacions-i-estudis.html>>.

19 Joan Prats. "La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración", en: *Cuadernos de Derecho Público*, N° 31, 2007, p. 13 y ss.

20 Juli Ponce Solé (Coord.). *Derecho Administrativo global*. Madrid: Marcial Pons, 2010. Introducción disponible en: <<http://www.marcialpons.es/static/pdf/100878475.pdf>>.

21 Consejo de Europa. *Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre buena Administración*. Disponible en: <http://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/altranormativa/esp/esp_RECOMANACIO_CM_REC_2007_DEL_CONSELL_EUROPA_SOBRE_BONA_ADMINISTRACIO.pdf>.

22 La Carta se encuentra disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf>.

"Artículo 41.- Derecho a una buena administración:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

. el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
 . el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

. la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

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

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua".

Además, el Parlamento Europeo ha aprobado el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, por resolución de 2001, en la actualidad mero *soft law*, pero posible embrión de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo. Dicha resolución del Parlamento Europeo instó a la Comisión Europea a presentar una propuesta de normativa que contuviera este Código basada en el artículo 308 del Tratado Europeo.²³

2.2.3. Derecho nacional y buena administración

2.2.3.1. Derecho de los Estados Unidos de América

Aunque el derecho público norteamericano no conoce el término legal “buena administración”, la jurisprudencia y la doctrina jurídica usan un concepto similar al entender que los procedimientos administrativos son importantes para la calidad de las decisiones. Una expresión de lo mencionado se halla en la doctrina jurisprudencial del *hard look*, cuyo fin es garantizar que las agencias administrativas se han situado en la mejor situación posible antes de hacer uso de la discrecionalidad.²⁴

2.2.3.2. Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea. El ejemplo español y holandés

Se debe notar, por otra parte, que un deber jurídico de buena administración se encuentra recogido en ordenamientos jurídicos del entorno europeo.²⁵ En España, en concreto, el derecho a una buena administración se encuentra ya incorporado en diversa normativa. La Constitución española de 1978 prevé, implícitamente un auténtico deber jurídico de medios mitjans|medis: lo que hemos denominado, siguiendo la línea clásica de nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, *deber de buena administración*.²⁶ Deber que se encuentra explicitado en los artículos 9.3 (principio de interdicción de la arbitrariedad), 31.2 (principios de economía y eficiencia en el gasto público) y 103.1 (principios de objetividad, coordinación y eficacia) y que afecta a todo desarrollo de la función administrativa. En el nivel legal, la legislación contiene distintas referencias a la buena administración, entre las que se pueden destacar las de recientes Estatutos de Autonomía²⁷ y, por ejemplo, en diversas leyes autonómicas, la ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico

23 Parlamento Europeo. *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*. 2005. Disponible en: <http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/es/code2005_es.pdf>.

24 Ronald Levin y Ernest Gellhorn. *Administrative law and process in a nutshell*. 5ª ed., 2007, p. 103.

25 Un estudio comparado puede hallarse Agencia Sueca para la Gestión Pública. *Principles of Good Administration. In the Member States of the European Union*. 2005. Disponible en: <<http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>>.

26 Juli Ponce Solé. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Madrid: Lex Nova, 2001.

27 Juli Ponce Solé. “Dret, bona Administració i bona governança”, en: Agustí Cerrillo (Coord.). *Governança i bona Administració a Catalunya*. Barcelona: EAPC, 2007, p. 31 y ss. Disponible en: <http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Col_leccio%20Materials/22%20Governansa%20i%20bona%20administracio%20a%20Catalunya/docs/materials22.pdf>.

y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, cuyo artículo 22 recoge explícitamente un derecho a una buena administración.²⁸

En el caso holandés, la Ley General de Administración Pública Holandesa (GALA) contiene una serie de principios de buena administración, que han sido elaborados por la doctrina, la labor del Ombudsman y la jurisprudencia. Entre ellos, destacan los principios o deberes de debido cuidado, justificación y motivación.²⁹

2.2.3.3. Derecho de los Estados Iberoamericanos

En el ámbito iberoamericano, la investigación llevada a cabo mediante el *Gestor Documental sobre Derechos Humanos*³⁰ con la frase exacta *buena administración* en el apartado “título” arroja un total de dieciséis documentos legales, si bien ninguno de ellos contiene la expresión en forma literal. Otra búsqueda en el mismo sitio, sin indicar título pero buscando en materia “derechos de los administrados”, submateria “buena administración”, arroja sesenta y cuatro resultados, entre los cuales no hay inclusión explícita de la frase *buena administración*, si bien existen referencias a sentencias de la Corte Constitucional de Costa Rica, a las que luego aludiremos y otros documentos de interés (códigos éticos, a los que luego haremos referencia). Un caso destacable lo constituye la Constitución de Costa Rica, que si bien no utiliza las palabras buena administración, incluye en sus artículos 139.4 y 140.8 referencias a la “la buena marcha del Gobierno” y “el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”.

28 Disponible en: <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/08/21/pdfs/BOE-A-2010-13313.pdf>>.

“Artículo 22.- Derecho a una buena administración:

1. El derecho de los ciudadanos a una buena administración incluye:

a) El derecho a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida.

b) El derecho a participar en la toma de decisiones y, especialmente, el derecho de audiencia y el derecho a presentar alegaciones en cualquier fase del procedimiento administrativo, de acuerdo con lo establecido por la normativa de aplicación.

c) El derecho a que las decisiones de las administraciones públicas estén motivadas, en los supuestos establecidos legalmente, con una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos jurídicos, con la identificación de las normas de aplicación y con la indicación del régimen de recursos que proceda.

d) El derecho a obtener una resolución expresa y a que se les notifique dentro del plazo legalmente establecido.

e) El derecho a no aportar los datos o los documentos que ya se encuentren en poder de las administraciones públicas o de los cuales estas puedan disponer.

f) El derecho a conocer en cualquier momento el estado de tramitación de los procedimientos en los que son personas interesadas.

2. Las administraciones públicas de Cataluña deben fomentar la participación ciudadana en las actuaciones administrativas de su competencia, a fin de recoger las propuestas, sugerencias e iniciativas de la ciudadanía, mediante un proceso previo de información y debate.”

29 Capítulo 3 de la GALA. Existe una traducción al inglés disponible en: <http://www.juradmin.eu/colloquia/1998/netherlands_annex.pdf>.

30 Disponible en: <<http://gestor.pradpi.org/index2.php?lang=es>>. El gestor es una herramienta impulsada por la Universidad de Alcalá de Henares en el marco del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica que cuenta con financiación de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), y desarrolla el Convenio de Cooperación suscrito en 2002 entre la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y la Universidad de Alcalá. Los usuarios pueden gratuitamente acceder a más de 2.500 referencias legales, doctrinales, jurisprudenciales y defensoriales, actualizados periódicamente.

2.2.4. Contenido del derecho a una buena administración: Titulares; obligados: El ejercicio por privados de funciones públicas; Objeto: remisión

Dado que la configuración del derecho a una buena administración dependerá de cada ordenamiento jurídico concreto (de sus normas constitucionales, en su caso, y de la legislación) es difícil intentar ofrecer un análisis de tal derecho. En todo caso, podemos intentar avanzar algunas cuestiones relevantes. Así, la buena administración puede tener, en un ordenamiento jurídico dado, una triple vertiente.

De un lado, puede ser un *principio general del Derecho*, constitucionalizado, integrado por diversos subprincipios (caso de la Constitución española). A la vez, puede ser un *deber jurídico* constitucional, que aparezca, en su caso, como en España y Costa Rica, implícitamente como suma de todos los deberes jurídicos derivados de los mencionados principios, configurándose como un auténtico deber jurídico de hacer, con todas las notas típicas aisladas por la doctrina en referencia a los deberes jurídicos. Finalmente, cuando así haya sido reconocido legalmente, será, además, un derecho subjetivo típico o activo, que otorga el poder a su titular para exigir la realización por parte de las administraciones públicas de aquellas actuaciones incluidas en su contenido, pudiéndose reaccionar jurídicamente contra el incumplimiento de dichas obligaciones jurídicas públicas (supuesto, por ejemplo, del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o de las distintas leyes autonómicas españolas que consagran un derecho a la buena administración).

Por otro lado, tiene sentido, debido a su funcionalidad, que el derecho sea ostentado por todas las personas, sean nacionales o extranjeros y que queden obligados por él todos aquellos que ejercen funciones públicas y prestan servicios públicos (o servicios de interés general, en la terminología de la Unión Europea), sean organizaciones públicas (incluidas entidades privadas en mano pública, como sociedades mercantiles controladas por Administraciones) o privadas (por ejemplo, entidades privadas colaboradoras de las Administraciones en la realización de inspecciones o empresas privadas prestadoras de servicios públicos).³¹

En cuanto al objeto de tal derecho, de nuevo deberá estarse a lo que señalen las normas que lo configuren. En páginas anteriores hemos hecho diversas referencias a regulaciones concretas en diversos contextos y a ellas debemos remitirnos ahora. Queremos destacar, no obstante, que un componente común de la obligación jurídica de buena administración en

31 Alfred Aman. "Globalization from the Ground Up: a Domestic Perspective", en: *Indiana University. Maurer School of Law-Bloomington Legal Studies. Research Paper Series*, Research Paper Number 157, marzo de 2010. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1561892>.

diversos ordenamientos es el llamado *deber de debido cuidado o debida diligencia*.

Este deber ha sido proclamado por la jurisprudencia y la doctrina en distintos países, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues, como señala Serio en su estudio de la jurisprudencia europea sobre buena administración, la misma recoge una noción amplia, (que incluye derechos de defensa, motivación, etc.) y una noción más específica, que se identifica con un mandato de ponderación diligente de los elementos relevantes y pertinentes para la toma de la decisión y de idoneidad de ésta para alcanzar el fin perseguido.³²

En el ámbito europeo, desde una perspectiva nacional,³³ en Francia, el Consejo de Estado y la doctrina han señalado la necesidad de que los órganos administrativos encargados de ejercer la discrecionalidad realicen un examen particularizado de las circunstancias del caso, examen que ha de ser real, auténtico, efectivo.³⁴ En Alemania, la jurisprudencia y la doctrina han establecido el deber de ponderación de los intereses envueltos, el cual deriva de la naturaleza misma de la planificación y es, por tanto, independiente de su positivización legal. En *Holanda*, como dijimos, un deber semejante ha acabado por encontrar una plasmación normativa en el artículo 3.4 de la Ley Administrativa General Holandesa de 1994, el cual señala que “En la adopción de resoluciones, la administración pública debe ponderar los intereses directamente afectados (...)”.³⁵ En Derecho Británico, la jurisprudencia ha exigido que en el ejercicio de la discrecionalidad no se tomen en consideración factores irrelevantes y no se dejen de tener en cuenta ninguno de los factores relevantes, realizando un análisis específico del supuesto concreto, evitando posturas de principio que vinculen futuras decisiones singulares evitando el análisis pormenorizado del caso (entre otras, relevantes decisiones *British Oxygen v. Board of Trade* - quien ejerce la discrecionalidad no puede “shut his ears” ante una toma de decisión específica - y *Associated provincial picture houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, auténtico *leading case* en relación con la noción de *unreasonableness*). La doctrina, por su parte, ha recomendado la elaboración de un código de principios de buena administración, entre los que ha incluido un semejante deber de

32 Alessandra Serio. *Il principio di buona amministrazione procedurale*. Lecce: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

33 Juli Ponce Solé. *Op. Cit.*

34 Lo que impide la adopción de líneas rígidas de conducta a aplicar indiscriminadamente en la resolución de casos similares sin analizar cada uno individualmente, decisión Piron de 1942.

35 Hazel Díaz Meléndez. “El Ombudsman y la aplicación del principio del deber de cuidado administrativo en sus resoluciones: análisis comparativo de la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica y el Ombudsman Holandés”, en: *Análisis comparativo de las instituciones del Ombudsman en América Central y Holanda*. San José: IIDH, tomo II, vol. 2, 2002, pp. 83-196. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1961302194/Compara%20ACHolanda%20II/Diaz%20Melendez%20Hazel.pdf>.

ponderación.³⁶ En idéntico sentido se pronuncia la doctrina italiana en relación con el principio de imparcialidad del artículo 97.1 de la Constitución.³⁷ En fin, lo mismo ocurre en España, a partir del principio constitucional de objetividad.³⁸

Todo este acervo común europeo ha tenido reflejo también en el ámbito del Derecho Comunitario. En la Recomendación N° R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros el 11 de marzo de 1980, relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas. Entre los principios fundamentales referidos al ejercicio de la discrecionalidad y que deben guiar el Derecho y la práctica administrativa de los estados miembros, el apéndice de la recomendación incluye la necesidad de proceder con objetividad e imparcialidad, teniendo en cuenta las particulares circunstancias de cada caso y, entre éstas, sólo los factores relevantes y pertinentes al supuesto concreto, a fin de lograr un adecuado balance entre los efectos perjudiciales de la decisión sobre los derechos, libertades o intereses de los ciudadanos y la finalidad perseguida por la misma (punto II, apartados 2,4 y 6, del apéndice).

En fin, debemos remitirnos aquí a lo ya comentado a propósito del deber de buena administración del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 2001 acoge este principio de buena administración en su artículo 9, el cual señala que al adoptar decisiones, el funcionario “tendrá en cuenta los factores relevantes y otorgará a cada uno de los mismos su propia importancia en la decisión, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante”.

Por último, puede señalarse cómo este deber de ponderación cuidadosa de las circunstancias antes de ejercer la discrecionalidad para garantizar la toma de la decisión más acertada posible se encuentra también en derecho norteamericano a través de la doctrina jurisprudencial del *hard look*, cuyo fin es garantizar que las agencias administrativas se han situado en la mejor situación posible antes de hacer uso de la discrecionalidad, implicándose en un proceso de decisión racional en el que se efectúe una valoración auténtica, real, del alcance de los datos y documentos que constan en el expediente que conduzca a la elección de una alternativa

36 Committee of the Justice - All Souls Review of Administrative Law in the United Kingdom. *Administrative Justice. Some Necessary Reforms*. Oxford: Clarendon Press, 1988. Este informe cuenta con un total de 449 páginas. El propio informe explica en sus páginas 1 y ss., y 369 y ss., el origen y la composición del comité responsable del informe. El mismo fue fundado en 1978 ante la pasividad gubernamental y la existencia de un sentimiento social de necesaria revisión y modernización del Derecho Administrativo británico. Entre los principios de buena administración incluidos en el informe *Justice Administrative under law*, publicado en 1971, se incluye con el número 3 el “duty of an authority in proceeding to a decision to take all reasonable steps to ascertain the facts which are material to the decision”, entendiéndose que todos los pasos razonables significa “measures by way of inquiry, verification, deliberation or otherwise as are in all the circumstances of the case necessary according to good administrative practice”.

37 Giuseppe Barone. “Discrezionalità”, en: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. XI. Roma, 1989.

38 Juli Ponce Solé. *Op.Cit.*

fundada en un análisis razonado de los hechos e intereses envueltos en el supuesto.³⁹

En definitiva, puede apreciarse como en diversos sistemas jurídicos está reconocido un deber jurídico de los órganos administrativos de conocimiento y ponderación de las circunstancias e intereses presentes en el caso antes de ejercer sus funciones y elegir una de las alternativas posibles, deber que tiene como finalidad orientar en positivo el núcleo extrajurídico de la decisión, intentando lograr, de este modo, un incremento en la calidad de ésta, así como una mayor garantía del acierto de la misma en su servicio a los intereses generales.

3. Buena administración y calidad y legitimidad de las decisiones administrativas

3.1. La calidad administrativa, la buena administración y el derecho

Si partimos de la idea, ya expuesta en la introducción, que la producción de actos jurídicos formalizados (autorizaciones, reglamentos, sanciones etc.) derivados del ejercicio de potestades administrativas supone un servicio para la colectividad, como lo es la gestión de servicios públicos, tales como hospitales, escuelas, transporte o viviendas sociales, entonces dicho servicio puede y debe ser evaluado para contrastar su calidad.

La calidad de las administraciones públicas es un concepto difuso pues, de acuerdo con Herweijer, cabe hablar al menos de cuatro perspectivas dominantes en la evaluación de las decisiones administrativas, dependiendo del punto de vista adoptado: la de los especialistas en Derecho, la de los analistas de políticas públicas, la de los expertos en política y la de los economistas.⁴⁰ La perspectiva que aquí y ahora interesa es la legal.

¿Qué papel puede tener el derecho público en la calidad administrativa?

Como Chevallier señala en relación a la calidad de la administración:

“Dans la mesure où la réalisation de ces exigences passe largement par le ‘canal du droit’, on assisterait à une ‘juridicisation’ progressive, bien qu’indirecte, de la qualité administrative...on voit comment un principe managerial, conçu en fonction de l’évolution du contexte socio-économique, va être progressivement saisi par le droit,

39 Sobre esta doctrina ver: Juan José Lavilla Rubira. *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*. Madrid: Civitas, 1991, p. 129 y ss., Montserrat Cuchillo. *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*. Madrid: Civitas, 1996, p. 163 y ss., Julio Víctor González García. *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 117 y ss.

40 Introducción de Jans al libro de K.J. de Graaf, et. al. (Ed). *Quality of decision-making in public law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 4.

*comment il sera lui-même phagocyte par l’empreinte de la rationalité juridique et comment il contribuera en retour à faire évoluer le droit existant; elle souligne aussi la logique d’interaction qui existe désormais encore les orders juridiques interne et externe”.*⁴¹

Desde este punto de vista, es preciso partir, en el análisis de las relaciones entre calidad administrativa y derecho, de modernos enfoques sobre el papel del derecho administrativo y de las diferencias entre normas legales y principios jurídicos.

En cuanto al *moderno papel del derecho administrativo*, cabe resaltar las aportaciones recientes de la doctrina jurídica alemana en torno a la idea de *Steuering* (dirección), vinculada a la llamada *Nueva Ciencia del Derecho Administrativo*. Aunque no es posible explicar aquí las principales características de esta teoría, voy a subrayar algunas de sus ideas básicas, siguiendo la exposición de Vobkuhle.⁴²

Partiendo de la base de que el derecho administrativo debe ser una herramienta útil para guiar a la sociedad, el énfasis en la doctrina debe moverse desde la ciencia de la interpretación basada en una orientación hacia la aplicación del Derecho hacia una ciencia de la elaboración de las decisiones públicas. Debería haber un análisis sobre qué sucede realmente en la práctica legal, incluyendo las consecuencias de cualquier decisión y su contexto fáctico. El derecho administrativo debe orientarse al análisis de los efectos y las consecuencias de las decisiones (ayudando en relación con las evaluaciones y pronosis). Tanto el análisis de los hechos como el reconocimiento de las consecuencias presuponen la disposición a tomar nota del conocimiento científico más allá de la propia disciplina académica y a incluirlo en las propias consideraciones.

Tras el concepto de *Steuering* late la idea de que el derecho administrativo debería ofrecer medios, herramientas y elementos que permitan la aplicación efectiva de los principios jurídicos y las normas, usando los recursos de forma económica y ayudando a adoptar decisiones adecuadas, aceptables para los afectados. Si eficiencia, economía y aceptación están presentes, los resultados de la investigación en otras ciencias sociales deben ser considerados.

Este enfoque conecta con la opinión de Herwijer sobre las interacciones entre los niveles de eficiencia, legitimación, eficacia y legalidad y su esperanza de que futuros estudios empíricos

41 Prólogo de Chevallier al libro de Lucie Cluzel-Métayer. *Op. Cit.*, pp. XIV y XVI.

42 Andreas Vobkuhle. “The reform approach in the German Science of Administrative Law: the ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’”, en: Mathias Ruffert (Ed). *The transformation of administrative law in Europe*. Munich: European Law Publishers, 2007, p. 89 y ss.

mostrarán un panorama situado entre dos extremos: relaciones de ganar-ganar y relaciones de suma cero.⁴³ Probablemente, en mi opinión, dependerá del ámbito específico de la actuación administrativa. Si pensamos en la elaboración de reglamentos administrativos, disciplinas como derecho, ciencia política, economía y otras ciencias pueden interactuar y ayudar a introducir elementos relevantes para la adopción de la mejor decisión posible.

En esta línea, precisamente, el tema de la calidad administrativa mediante el derecho ha experimentado en el ámbito reglamentario un notable impulso en los últimos años de la mano del movimiento internacional denominado *better regulation* o, más recientemente, *smart regulation*.⁴⁴ El tema de la calidad normativa ha sido considerada por la OCDE como un tema “crucial”, y “más urgente que nunca”,⁴⁵ al que Shapiro considera una cuestión “central, quizás el tema central del Derecho y la Unión y (...) un tema central del Derecho europeo en general”,⁴⁶ siendo en este campo especialmente activa la Unión Europea en los últimos años.⁴⁷ De hecho, diversos estudios realizados estiman que la reducción de barreras normativas sería de dos a cinco por ciento del PIB en Europa.⁴⁸ Pero más allá de la reducción de costes empresariales, la calidad normativa enlaza también con la garantía de la efectividad de los derechos (por ejemplo, de los consumidores y trabajadores), en el marco de la actual evolución hacia lo que se denomina el *Estado regulador*.⁴⁹

Pues bien, cuando se habla de una norma jurídica elaborada por el poder ejecutivo que sea de calidad, nos referimos desde una perspectiva técnica del desarrollo adecuado de la discrecionalidad normativa y, desde la perspectiva reglamentaria, del despliegue de *una buena administración*. Pero es preciso plantearse que significa que una norma jurídica sea de calidad y si esa calidad es también cuantificable de algún modo, porque sólo si la calidad de las normas es mensurable podremos plantearnos mejorarla, tanto de las normas ya dictadas en el pasado como de las nuevas que se dicten en el futuro. El estado actual de la ciencia jurídica permite responder a todas estas cuestiones. En primer lugar, tenemos que saber qué es la calidad normativa. Para hablar de calidad o de falta de calidad de una

43 Michiel Herweijer. “Inquiries into the quality of Administrative decision-making”, en: AA.VV. *Quality of decision-making in public law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 20 y ss.

44 Para los detalles en relación con la *better regulation* y su aplicación a España, véase Juli Ponce Solé. “¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial”, en: *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre-diciembre 2009.

45 Recomendación de la OCDE de 1995 sobre la mejora de la calidad de la regulación gubernamental. Informe de la OCDE sobre reforma reguladora de 1997, disponible en: <http://www.oecd.org/document/38/0,2340,en_2649_37421_2753254_1_1_1_37421,00.html>.

46 M. Shapiro. “Equality and Diversity”, en: *European Review of Public Law*, vol. 11, N° 2, verano, 1999, p. 399.

47 Véase la Comunicación de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2012 “EU Regulatory Fitness”, disponible en: <http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/key_docs_en.htm>.

48 La OCDE señala que en los EE.UU. el coste anual agregado del cumplimiento por los ciudadanos, empresas y gobiernos descentralizados de las regulaciones federales se estimó entorno a los 500 billones de dolares por hogar en 1992. En Australia, este coste se estimó que ascendía al 9,14% del PIB en 1986 y los incrementos en el PIB derivables de una reducción de las barreras reguladoras a la competencia se estimaron en un potencial del 5,5% anual. Joan Prats. *Op. Cit.*, p. 175.

49 Por todos, Antonio La Spina y Giandomenico Majone. *Lo stato regolatore*. Bolonia: Il Mulino, 2000.

norma jurídica hemos que contar con estándares, con criterios de calidad que permitan la comparación. En la actualidad, estos estándares son de dos tipos: unos *formales*, referidos a la estructura e inteligibilidad de la norma, estudiados y desarrollados por la denominada *teoría de la legislación* y otros son *materiales*, referidos a los impactos que la norma jurídica tiene en el mundo real, en la esfera personal y patrimonial de los ciudadanos y de las empresas.

Desde la primera perspectiva existen ya tantos desarrollos científicos como documentos jurídicos. Es el caso, por lo que a estos refiere, de los estándares específicos provenientes de la denominada teoría de la legislación y que en el ámbito estatal español, por ejemplo, se hallan ahora recogidos en las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por el Consejo de Ministros en 2005.⁵⁰ Desde la perspectiva de la calidad material, las normas jurídicas, por mandato legal, deben ser racionales, eficaces, eficientes y deben proteger los derechos constitucionales y permitir también su adecuado desarrollo. Esta perspectiva es la que nos debe interesar desde el punto de vista del impacto que pueden generar las normas y de los modos de medir éste.

Todos los aspectos aludidos antes son mensurables y, en consecuencia, cabe intentar mejorar la calidad normativa. La mejora de las normas jurídicas puede ser entendida como la política centrada en la búsqueda de la mejora y simplificación del entorno normativo. Esta política no es equivalente a desregular. La mejora de la normativa busca acrecentar la calidad de la normativa a dictar en el futuro y de la ya existente, lo que puede o no dar lugar a la eliminación de normas jurídicas. Pero para poder conocer la calidad de las normas y, en su caso, mejorarlas, es requisito imprescindible *evaluar*, es decir medir los efectos, los impactos de la normativa en el mundo real. Se trata mediante la evaluación de las normas de calcular los *impactos* de la norma y conocer así los aspectos positivos y negativos que su futura aprobación (*evaluación ex ante* o *prospectiva*) o su aplicación durante un determinado período de tiempo (*evaluación ex post* o *retrospectiva*) generan.

Ambos tipos de evaluación no sólo no son incompatibles, sino que pueden y deben ser concurrentes. Antes de lanzar al mundo jurídico una norma jurídica (es decir, al impulsar la normativa, al redactarla) puede evaluarse que impactos tendrá y, en función de tal evaluación, decidir incluso que es mejor no promulgarla por ejemplo (mediante la Evaluación de los Impactos Normativos).⁵¹ Si se aprueba la norma jurídica y entra en vigor, será preciso entonces (durante su vigencia) conocer cuál es su (in) aplicación verdadera,

50 Disponibles en: <<http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/29/pdfs/A26878-26890.pdf>>.

51 En España, véase el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, disponible en: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-11930>.

su grado de aceptación social, es decir, si los ciudadanos la respetan o no de *motu proprio*, si cuando no es respetada se generan efectivas reacciones jurídicas (sanciones, etc.), si su aplicación da lugar a frecuentes controversias (número de recursos judiciales), etc. En función de tal evaluación *a posteriori* es posible llegar a decidir, incluso, la necesidad de su derogación, es decir, de su eliminación del mundo jurídico por ineficaz o ineficiente, por ejemplo.

Pues bien, expuestos los avances técnicos de la *better/smart regulation* y apuntadas las reflexiones desde la doctrina alemana sobre el papel del Derecho Administrativo, estas ideas pueden y deben ser conectadas ahora con la conocida distinción entre normas y principios jurídicos.

La calidad del comportamiento administrativo supone, obviamente, que el ejercicio de las potestades no viole ninguna norma jurídica ni ningún principio general del Derecho. Pero ello no es suficiente, especialmente cuando nos referimos al ejercicio de discrecionalidad. Tradicionalmente, el Derecho Administrativo no ha estado especialmente interesado en las buenas decisiones administrativas, sino en la revisión judicial de las decisiones ilegales, para proteger a los ciudadanos frente a la administración. Se trata, pues, de una aproximación negativa, en el sentido de que es un enfoque contra la arbitrariedad, no a favor de la buena administración.⁵² Este modo de pensar el Derecho Administrativo y el control judicial de la administración ha sido común en diversos países durante un largo tiempo, como Cassese pone de relieve al referirse al “fetichismo” en relación con el principio de legalidad.⁵³

Pero un relativamente nuevo punto de vista se está imponiendo. Este enfoque, que recupera en parte originales preocupaciones en torno al Derecho Administrativo y al control judicial en el siglo XIX, está preocupado por la calidad del comportamiento administrativo. La elección discrecional en sí misma es relevante para el Derecho Administrativo, y para el control judicial, con los límites propios de la división de poderes, porque esta rama del Derecho y los jueces que controlan a la administración, deben preocuparse por la garantía de buenas decisiones fruto de una buena administración. Las administraciones públicas deben tomar decisiones legales, y, como parte de la legalidad, ello implica que sean de

52 Téngase en cuenta la metáfora del “semáforo en rojo” de Carol Harlow y Richard Rawlings. *Law And Administration*. New York: Cambridge University Press, 1997, p. 29, así como el comentario de esta obra de Michael Taggart, “Reinvented Government, Traffic Lights and the Convergence of Public and Private Law—Review of Harlow and Rawlings: Law and Administration”, en: *Public Law*, N° 44, p. 124 y ss.

53 Sabino Cassese. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: MAP, 2004. Este *fetichismo* llevó a considerar a la actividad administrativa como una mera ejecución automatizada de la ley, en la que la discrecionalidad no tenía cabida. Cuando la aceptación de la existencia de discrecionalidad fue inevitable, el Derecho logró desarrollar instrumentos para su control. Pero el modo de ejercicio mismo de la discrecionalidad - más allá del respeto de los límites jurídicos que la rodean y limitan - no ha sido objeto de atención jurídica. Se ha aceptado generalizadamente que el núcleo mismo de la discrecionalidad es *indiferente* para el Derecho. En consecuencia, se entiende que la administración es libre de elegir cualquier alternativa, pues el Derecho no tiene que decir nada respecto a tal elección.

calidad, adecuadas, esto es racionales, eficaces, eficientes, objetivas, coordinadas (en el caso español, como vimos, artículos 9.3, 31.2 y 103.1 CE).

En relación con este enfoque, los principios generales del Derecho que generan obligaciones de medios son relevantes. Es el caso del requerimiento de debido cuidado o debida diligencia (u objetividad, para la tradición jurídica española). No vulnerar las normas o los principios ya no es suficiente. Las autoridades administrativas deben realizar todos los esfuerzos posibles para tomar la “mejor” decisión, en el sentido que esta viene respaldada por un buen expediente y buenas razones que la justifiquen y que demuestren que se han ponderado todos los hechos relevantes (incluyendo la normativa aplicable) y todos los intereses relevantes (incluyendo, por ejemplo, las alegaciones efectuadas en trámites participativos como las informaciones públicas). Las autoridades deben ponderar esos intereses adecuadamente, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomando en consideración medios y fines y costes y beneficios (de toda índole, también sociales, de acuerdo con los principios de eficiencia y economía).

Por consiguiente, cabría afirmar que la calidad de las decisiones administrativas tiene al menos tres aspectos a considerar: el formal, el procedimental y el material.

Desde una perspectiva *formal*, la decisión formalizada jurídicamente (acto, contrato, plan, reglamento) ha de ser correcta, siguiendo los estándares que puedan fijarse al respecto por el poder legislativo o la propia administración (por ejemplo, en garantía de que el lenguaje jurídico empleado sea inteligible para el ciudadano medio, de que se le indique los medios de recurso, etc.). Desde una perspectiva *material*, la decisión no ha de vulnerar ninguna regla ni principio del ordenamiento jurídico. Y desde una perspectiva *procedimental*, el proceso de adopción de la decisión debe ser un *procedimiento administrativo debido*, como veremos luego, que garantice la buena administración al ejecutar la función administrativa. Pues como señala la Agencia Sueca para la Gestión Pública, en un informe que compara los principios de buena administración de los estados miembros de la UE, los buenos procedimientos desarrollados producen que “la posibilidad de hacer buenas decisiones se incrementa enormemente”.⁵⁴

Si la decisión se adopta sin este proceso razonado y razonable de elaboración, entonces el ejercicio de la discrecionalidad es defectuoso, constitutivo de mala administración, sin

54 Agencia Sueca para la Gestión Pública, *Op. Cit.* (Disponible en: <<http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>>): “The general idea behind a law on good administration is that if public administrations follow proper procedures, the probability of making good decisions increases dramatically. Designing procedures that ensures that the official considers all relevant facts, balances all relevant interests and ensures that all parties can hold him/her accountable during the process by transparent procedures and forcing the public authority to explicitly state the grounds for their decision, will ensure a minimum level of rational reflexivity”.

calidad, y el resultado (acto administrativo, plan administrativo, reglamento, etc.) *es de baja calidad y por ello ilegal*. Y es aquí donde el control judicial, en caso de impugnación, puede y debe garantizar la calidad administrativa al tutelar el derecho a una buena administración del recurrente y de todos los ciudadanos, como argumentaremos.

3.2. Legitimidad administrativa y buena administración

La cuestión que acabamos de abordar de la calidad de la actuación administrativa enlaza, a su vez, con el tema de la *legitimidad administrativa*. Una visión clásica de la legitimación administrativa, como es sabido, es la legitimación derivada de la ejecución de la Ley. Desde esta perspectiva, la administración pública estaría legitimada en la medida en que se dedique a ejecutar la Ley aprobada por los representantes democráticos del pueblo. Esta ejecución dotaría a la administración de legitimidad democrática, a través de un sistema de conexiones entre el pueblo, sus representantes, el Gobierno y, finalmente, la administración, racionalizando su actuación. Un destacado exponente de este modelo de racionalidad formal, como es conocido, es Weber.

Es lo que Joan Prats denomina el paradigma burocrático vigente monopolísticamente hasta mediados de los años 70 del pasado siglo.⁵⁵ En él se forma el derecho administrativo clásico y en él todavía pervive como paradigma dominante. Este modelo “formal” de legitimación administrativa, en la cual la administración se limitaría a ser una “correa de transmisión”, en expresión de Stewart, de la Ley, pudo ser suficiente en el contexto del Estado liberal y mientras la actividad administrativa se limitó a la ejecución de programas normativos simples.⁵⁶ Sin embargo, el cambio cualitativo y cuantitativo del comportamiento público en el Estado Social y la progresiva extensión y complejidad de las tareas administrativas revelaron la insuficiencia de este modelo de legitimación.

A caballo entre el siglo XIX y el siglo XX, ya Duguit puso de relieve como la cuestión de la legitimación administrativa no dependía sólo de la ejecución de la Ley, sino que estaba ligada a la realización de prestaciones materiales, en la idea del servicio público.⁵⁷ En el Estado Social, la administración ya no es importante sólo por lo que es, como ocurriera en el Estado liberal, sino por lo que hace.

Este cambio afecta también en la estructura de las normas programadoras de la actividad

55 Joan Prats. *Op. cit.*

56 La expresión “correa de transmisión” (*transmission belt*) procede del clásico *trabajotreballeina* de Richard Stewart. “The reformation of American Administrative Law”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 88, Nº 8, 1975, p. 1675.

57 Sobre el pensamiento de León Duguit, por todos, José Calvo González y José Luis Monereo Pérez. “León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación”, en: *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº 4, 2005, pp. 483-551, disponible en: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/17duguit.htm>>.

administrativa, aumentando los espacios discrecionales. Este aumento de la discrecionalidad comporta, a su vez, dos consecuencias que nos interesa ahora hacer resaltar: un impacto sobre el concepto tradicional en nuestra cultura jurídica de interés general y sobre la legitimidad administrativa basada en la ejecución de la ley.

En primer lugar, la existencia de crecientes ámbitos discrecionales cuestiona el entendimiento, tradicional en la cultura continental europea, del interés general como un monolítico interés trascendente de los intereses de los ciudadanos y susceptible de ser concretado sólo por la administración, en virtud de su *expertise*. Un rasgo característico de nuestras sociedades complejas es, en expresión de John Rawls, el *fact of pluralism*: un radical pluralismo en las maneras de entender el mundo y una variedad de valores no siempre conciliables.⁵⁸ Pluralismo que impide que la administración pueda encontrar el interés general, en una instancia enajena a la sociedad, sólo a su pericia y conocimiento accesible, sino que tiene que encontrar éste conociendo y ponderando los intereses privados y públicos de qué está compuesto. En resumidas cuentas, el interés general es inmanente no trascendente a los intereses de los ciudadanos.⁵⁹

La segunda consecuencia del aumento de discrecionalidad es que este fenómeno hace entrar en crisis el criterio de la racionalidad legal. La legitimidad democrática de la administración, apoyada, en gran parte, en la idea de ejecución de la ley como expresión de la voluntad popular, se debilitaría según algunas opiniones, ya que la ley ya no expresa cuáles sean los intereses generales, sino que perdona su definición al Gobierno, quien difícilmente, a diferencia del Parlamento, representa a todos los intereses sociales, mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, o a la propia administración, mediante el desarrollo de sus espacios de decisión. Si bien es cierto que tal legitimidad subsiste, ya que se funda también en la dirección política ejercida por el gobierno e introducida en la administración a través del principio de jerarquía, decrece su intensidad, la cual no puede ser compensada con un simple incremento de la dirección política mencionada sin comprometer la imparcialidad y objetividad del actuar administrativo (en el caso español, impuestas por el artículo 103 de la Constitución), en una tensión bien conocida entre política y administración.

El derecho administrativo clásico formado en el paradigma burocrático está intentando adaptarse a esta nueva realidad, superando su tendencia histórica a aparecer como un elemento antidiscrecional (en el que la discrecionalidad es entendida, como dijimos en la

58 John Rawls. "The Idea of an Overlapping Consensus", en: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 7, Nº 1 - 4, 1987.

59 Sobre el concepto de interés general, su inmanencia y la distinta tradición jurídica en el *Common Law* y en el *Régim administratif*, ver: B. Denis (Ed.). *L'intérêt général a l'épreuve du pluralisme*. La documentaton Française, 2008.

introducción, como un *caballo de Troya* en el Estado de Derecho)⁶⁰ y evolucionando hacia un proyecto en el que el derecho no sólo elimina la discrecionalidad o, como mal menor, la limita externamente, sino que orienta y guía el ejercicio de la misma, mediante reglas y principios.

Un proyecto, pues, en el que cada vez es más difícil de aceptar que la discrecionalidad sea una elección entre indiferentes jurídicos, dado que al derecho no le es indiferente que se tomen buenas decisiones. Otra cosa es que, dado que el núcleo de la decisión es extrajurídico, el derecho no pueda prefigurar, reglar, la decisión final. Pero sí puede, en todo caso, orientar la toma de la decisión, mediante, por ejemplo, el diseño procedimental y organizativo, y exigir una rendición de cuentas, *accountability*, con un reforzamiento de la fundamentación y motivación de las decisiones (actos, normas o planes) que se adopten, en cumplimiento del deber de buena administración.

Ocurre entonces que, en el servicio a los intereses generales, la administración, en numerosas ocasiones, ya no puede legitimarse sólo en la ejecución de la norma que los contempla, sino que tiene que buscarlos ella misma. En este contexto, los ciudadanos demandan, cada vez más, que se les tome en consideración en el desarrollo de la actividad administrativa y que se les justifiquen las razones de ésta, expresándose en forma incluso violenta, en caso de percibir ausencia de diálogo, a través de acciones cívicas de protesta masiva, que tienen lugar en relación con decisiones de alto voltaje social, como por ejemplo la ubicación de infraestructuras conflictivas, el bien conocido fenómeno *NIMBY* (acrónimo de *Not in My Back Yard*: que se activa ante la ubicación en una zona determinada de plantas de tratamientos de residuos, viviendas sociales, etc.). Estas inquietudes con referencia a un nuevo marco de relaciones entre administración y ciudadanos, es decir, sobre cómo la administración hace cosas, donde las ideas de consenso y aceptación cobran relevancia, han sido englobadas bajo el letrero de legitimación-equidad por Mescheriakoff⁶¹ y enlazan con la creciente preocupación por la calidad administrativa antes expuesta.

De otro lado, el modelo de legitimación basado en la realización de prestaciones materiales por la administración también parece entrar en crisis en nuestros días. Las deficiencias del mercado justificaron y justifican la intervención administrativa en el Estado Social. Pero crecientemente desde la década de los años 80 del pasado siglo se detecta un rechazo (ideológico) a la intervención administrativa en el mercado, ante las presuntas deficiencias públicas que desvirtúan éste, siendo una expresión de esta postura, por ejemplo, los

60 La expresión proviene de Hans Huber, quién considera la discrecionalidad administrativa como “caballo de Troya del derecho administrativo del Estado de Derecho”, según menciona Martín Bullinger. *Op. Cit.*, p. 899, nota 26.

61 Serge Mescheriakoff. “Legalidad, eficiencia y equidad: las variables de la legitimidad administrativa. La experiencia francesa”, en: *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. 57, Nº 2, 1990, p. 128 y ss.

fenómenos privatizadores. En un contexto de crisis del Estado del Bienestar, en dificultades por problemas financieros, a la administración ya no sólo se le exige que haga cosas, sino que, además, las haga de manera que consiga realmente sus objetivos, economizando los medios utilizados para eso, demostrando en definitiva que su intervención es útil y necesaria socialmente. La legitimidad administrativa, entonces, reside ya no sólo en el qué o en el cuánto, sino también en cómo se hacen las cosas. Surgen, así, las exigencias de eficacia, eficiencia y economía en la actuación administrativa, conectadas a una legitimidad por rendimientos y a una gestión orientada a resultados, elementos básicos de la denominada *Nueva Gestión Pública*, impulsada durante los años 80 del pasado siglo XX.

Como pone de relieve Prats, resulta que a la legitimidad legal de las administraciones públicas se ha añadido no sólo la exigencia de los valores de la equidad social y de la participación, no planteados por la transición al Estado social y democrático de Derecho, sino que, en los últimos años, la legitimidad de las administraciones públicas exige, además, la eficacia y la eficiencia en el uso de los recursos públicos.

Pero desde mediados de los años 90 del pasado siglo, como señala el propio Prats, el paradigma de la legitimación administrativa vuelve a cambiar, surgiendo especialmente en Europa un consenso sobre el hecho que la legitimidad de la actuación pública se fundamenta en la calidad de la interacción entre los diferentes niveles de gobierno y entre éstos y las organizaciones empresariales y la sociedad civil.

En contextos de creciente complejidad y fragmentación, el foco se mueve, de un paradigma todavía en construcción, hacia una nueva forma de gobernar más cooperativa, en la que las instituciones públicas y las no públicas, actores públicos y privados, participan y cooperan en la formulación y la aplicación de la política y las políticas públicas, en una actuación en red. Ello comporta una transición desde las decisiones públicas unilaterales a formulas basadas en la persuasión y la negociación y desde la dirección jerárquica en el seno de las organizaciones públicas a formulas basadas en la coordinación y la cooperación, mediante las que los responsables públicos tratan de movilizar recursos y esfuerzos dispersos entre actores públicos y privados. En este campo se instala el concepto de gobernanza, no siempre bien recibido en el ámbito jurídico, al ser considerado redundante, oscuro y poco útil.⁶²

A un nivel más general, hay que destacar ahora las conexiones entre los principios de buena gobernanza y los principios de buena administración. Como a continuación argumentaremos, creemos que los principios de participación y transparencia (ligados a la

62 Véase, por ejemplo, R. Parada Vázquez. "Gobernanza: trampa o adivinanza", en: Lorenzo Martín-Rebollo (Dir.). *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Lorenzo Martín-Retortillo*. Vol. I. Madrid: El Justicia de Aragón, 2009.

buena gobernanza, de acuerdo con el *Libro blanco de la Gobernanza Europea de 2001*) y el principio de objetividad se encuentran fuertemente vinculados.

Hace falta aclarar antes que los principios de buena gobernanza no son iguales a los principios de buena administración, siendo los segundos sólo aplicables a las administraciones, no a otros actores en la red, cómo pone de relieve acertadamente Cerrillo y ya hemos destacado en el primer apartado de este estudio.⁶³ En este sentido, los principios de buena administración son una condición necesaria, pero no suficiente para la buena gobernanza. Pero debemos afirmar que algunos principios de buena administración afectan a las relaciones de las instituciones públicas con otros actores de las redes de gobernanza, siendo el principio de debida diligencia o cuidado debido en el desarrollo de la función administrativa (*due care* o *due diligence*), en nuestra opinión, a un buen ejemplo en esta línea.

El deber de diligencia o cuidado debidos (en el caso español, como parte del deber de buena administración implícito en la Constitución española y vinculado al deber de objetividad en otros derechos, como vimos, con otras formulaciones), se encuentra íntimamente vinculado a los principios jurídicos procedimentales de contradicción y oficialidad, previstos en la legislación procedimental de países como España. Este deber jurídico expresa, básicamente, la necesidad de ponderación de los intereses y de los hechos relevantes antes de adoptar decisiones públicas (recuérdese el capítulo 3 de la GALA holandesa), con especial importancia si se trata de decisiones discrecionales, lo que comporta la necesidad de fomentar la participación y de potenciar la transparencia (principios ahora previstos en España en el artículo 3 LRJPAC).

La buena administración conecta con la idea de la democracia participativa. Esta idea se encuentra recogida, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6, STC 102/1995, de 26 de junio). Partiendo del derecho a una buena administración, hecho realidad mediante los correspondientes procedimientos administrativos debidos, uno de los retos del Derecho administrativo en la era de la gobernanza es ayudar a delimitar el alcance de la participación ciudadana que tiene que hacer posible el deber de objetividad. Es decir deberá definirse legalmente si la participación ciudadana tiene o no que existir, cuándo, quién puede participar y qué efectos debe tener esa participación sobre el proceso de toma de la decisión. En este sentido, el Derecho tiene que ayudar a desvanecer las preocupaciones sobre las posibles contradicciones entre democracia y participación en la toma de decisiones administrativas, puestas de relieve por diversos autores. Preocupaciones que han llevado a afirmaciones en el sentido, ciertamente paradójico, que el componente democrático de la administración (derivado de su ejecución

63 Agustí Cerrillo. *Op. Cit.*, p. 20.

de la ley y de su dirección por el Gobierno) exigiría una administración autocrática, a fin de que la participación no altere la legitimación democrática de la administración obtenida por los canales mencionados.⁶⁴

Esta visión, sin embargo, no es ya sostenible fuera del rígido y limitado paradigma burocrático-weberiano aludido. Ante la frecuente apertura normativa de espacios discrecionales a las administraciones hoy en día, la legitimación democrática del decisor debe ser fortalecida en el ámbito administrativo. En este sentido hay que interpretar la conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo español que señala que “la intervención de los ciudadanos contribuye a dotar de legitimidad democrática a los planes” en el ámbito urbanístico, aunque, como muy bien ha matizado el propio Tribunal Constitucional español, si bien es cierto que a través del trámite de información pública se dota de cierta legitimidad popular al Plan aprobado, tampoco puede olvidarse que en el caso local la legitimidad democrática le viene dado por haber sido aprobado por un Ayuntamiento elegido democráticamente (STC 119/1995, de 17 de julio, fundamento jurídico 6). El ámbito local no es quizás el mejor ejemplo al respecto, debido al elemento democrático directo inherente. Pero el razonamiento puede y debe ser extensible a la toma de decisiones discrecionales por parte de otras autoridades administrativas que no han sido directamente elegidas por el pueblo.

En este sentido, es básica la garantía por parte de la administración que todos los intereses relevantes están presentes y que nadie es omitido. En definitiva, como ha destacado Shapiro, la igualdad en la participación se convierte en una de las igualdades positivas más importantes en la vida moderna, ante la dificultad de saber en cada caso cuáles son los intereses generales a servir.⁶⁵

Esta tarea administrativa de garantía de la igualdad participativa es primordial en garantía de la objetividad y por lo tanto de la buena administración, así como de la buena gobernanza. Se trata de una tarea proactiva, que se tiene que entender como una prestación pública importante, vinculada a la igualdad efectiva. Esta actividad pública se podría impulsar de diversas maneras, algunas de ellas conectadas al despliegue de acciones positivas en tal sentido. A estas formas de garantía pública del principio de buena administración de objetividad y de los principios de buena gobernanza de participación y transparencia he hecho alusión en otro momento (creación de fondos de compensación públicos para hacer frente a gastos derivados de la participación en el caso de ciertos intereses, potenciación de

64 Se puede encontrar un análisis de esta doctrina en Josefa Cantero Martínez, “La cláusula de Estado democrático y la Administración General del Estado”, como parte de los documentos de trabajo de la Comisión de Estudio sobre situación actual y perspectivas de la Administración General del Estado, presidida por Joan Prats y creada por ORDEN APU/1529/2006, de 11 de mayo, por la que se constituye la Comisión de Estudio sobre la situación actual y perspectivas de la Administración General del Estado.

65 M. Shapiro. *Op. cit.*, p. 400.

la figura del instructor procedimental, acompañada de un impulso y revitalización de los trámites participativos, reforzamiento de mecanismos de mediación y negociación, etc.).⁶⁶

En todo caso, el papel administrativo es singular en las redes de gobernanza, tanto con respecto a su responsabilidad al promover la igualdad inclusiva de los intereses como por el hecho de que en ella recae la competencia para resolver de forma irrenunciable. La administración no es un actor más en las redes de gobernanza. Corresponderá al Derecho Administrativo reconocer esta singularidad, sin necesidad de recurrir a modelos autocráticos ya periclitados y contrarios en el marco constitucional vigente.

Éste será, sin duda, un apasionante reto para la ciencia jurídica, si quiere contribuir a hacer efectivo tanto el derecho a una buena administración como los principios de buena gobernanza, promoviendo una actividad administrativa de calidad y con legitimidad.

4. Mecanismos jurídicos para la realización de la buena administración

4.1. Modos de potenciar la buena administración

4.1.1. Legislador y buena administración

La regulación que establezca el ordenamiento jurídico en relación con el funcionamiento administrativo (organización administrativa, selección de empleados públicos, procedimientos administrativos, etc.) debe ser un elemento relevante en la garantía de la buena administración, como continuación comprobaremos.

4.1.2. Administración pública y buena administración.

4.1.2.1. Organización administrativa, selección y formación de empleados públicos

Las decisiones referidas a la organización administrativa y a la selección de los empleados públicos son cruciales en garantía de la buena administración. Dos ejemplos pueden utilizarse del ordenamiento jurídico español, en referencia a la organización y la selección de empleados públicos.

En el ámbito organizativo el artículo 11.3 de la Ley 30/1992 establece que “no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos”. Otro ejemplo lo

66 Juli Ponce Solé. *Op. cit.*, p. 334 y ss. y 656 y ss.

constituye el artículo 60.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, el cual señala ahora respecto a los órganos de selección para el acceso al empleo público que “el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección”, en garantía de la imparcialidad y objetividad en la selección y el derecho a una buena administración de los aspirantes.

Finalmente, no debe olvidarse que la formación de empleados públicos debe incorporar las preocupaciones y las técnicas jurídicas de buena administración como un elemento clave.

4.1.2.2. Códigos éticos

Otro instrumento de buena administración puede ser la elaboración y cumplimiento de la codificación de las exigencias éticas administrativas. En el caso español, cabe referirse a la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público dedica su capítulo VI (artículos 52, que habla de “código de conducta, al 54) a los deberes de los empleados públicos. En el caso Peruano, es destacable la Ley del Código de Ética de la Función Pública, núm. 27815 de 2002.⁶⁷ También puede hacerse referencia al Código de Ética de la Función Pública argentino, aprobado por Decreto 41/99.⁶⁸

4.1.2.3. Códigos de buena administración, buen gobierno y buenas prácticas

Recientemente, se han promovido *Códigos de Buen Gobierno*, como en el caso del *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*⁶⁹ o del *Código de Buen Gobierno de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado*, aprobado por el acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005.⁷⁰ En lo que se refiere al ámbito local y en relación con los electos, el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa ha aprobado el Código europeo de conducta para la integridad política de los representantes locales y regionales electos.⁷¹ En España, la Federación Española de Municipios y Provincias, una asociación de entes locales, ha impulsado el Código de Buen Gobierno Local en 2010.⁷²

67 Véase: <<http://www.presidencia.gob.pe/normas/Ley27815.pdf>>.

68 Véase: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/etica1.htm>>.

69 Disponible en: <http://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/altranormativa/esp/esp_CODI_IBEROAMERICA_DE_BON_GOVERN_JUNY_2006.pdf>.

70 Disponible en: <<http://www.boe.es/boe/dias/2005/03/07/pdfs/A07953-07955.pdf>>.

71 Disponible en: <http://www.mpt.es/areas/politica_local/union_europea_y_organismos_internacionales/parrafo/06/document_es/codigoeuropeo.pdf>.

72 Véase: <http://www.femp.es/CartaLocal/Front/Noticias/CL_ContentidoDetalle/_sYcniRvuy5ly-yy6MEsAr2xIyOH4RgvsLsMsOhPI4uc>.

Entre los *Códigos de Buena Administración*, destaca el *Código de Buena Conducta Administrativa* aprobado por el Parlamento Europeo por resolución de 2001, como desarrollo del derecho a una buena administración del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya mencionada, y posible embrión de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo.⁷³ No es posible exponer aquí el contenido del Código.⁷⁴ Reconociendo sus aspectos positivos, una regulación futura del Código con efectos vinculantes debería proporcionar una oportunidad para mejorarlo.⁷⁵ En este sentido, tanto el artículo 41 de la Carta como el Código, al constituir en sí mismo una especie de codificación procedimental, pueden ser el punto de partida para una futura codificación del procedimiento administrativo en Europa.⁷⁶

Por otro lado, también las propias Administraciones pueden elaborar códigos de buenas prácticas administrativas, como han hecho algunos Ayuntamientos españoles.⁷⁷ En el ejercicio de sus potestades discrecionales, tales Administraciones deberán tener en cuenta dichos códigos como requisito del derecho a una buena administración.

4.1.2.4. Cartas de servicio

Estos documentos (*Citizen's Charters*, en el Reino Unido, *Chartes* en Francia), constituyen

73 En julio de 1999, el Defensor del Pueblo europeo recomendó a las instituciones y organismos comunitarios redactar un borrador del Código de Buena Conducta Administrativa. Este borrador contaba de 28 artículos. El Parlamento Europeo aprobó una versión ligeramente modificada de este borrador el 6 de septiembre de 2001. Durante las deliberaciones del Parlamento Europeo sobre el Código de la Buena Conducta Administrativa (el Código), un miembro de esta institución afirmó que “hay dos temas importantes en juego aquí. En primer lugar, promover el Estado de derecho y en segundo lugar, respetar a los ciudadanos europeos”. Dicha resolución del Parlamento Europeo instó a la Comisión Europea a presentar una propuesta de normativa que contuviera este Código basada en el artículo 308 del Tratado Europeo.

74 Sobre el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (disponible en: <http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/es/code2005_es.pdf>) puede consultarse Juli Ponce Solé. “Good administration and European Public Law”, en: *European Review of Public Law*, vol.14, núm. 4, invierno, 2002, p. 1503 y ss., y Edorta Cobreros Mendazona. “Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa”, en: *Revista Vasca de Administración Pública*, Nº 64, 2002, p. 237 y ss.

75 En este sentido, cabe señalar algunas ideas:

Añadir un principio general de buena fe a las relaciones entre los funcionarios y ciudadanos;
Promover una participación del público como forma de conseguir una mayor transparencia, democracia, igualdad, y una administración diligente, especialmente en cuanto a las decisiones generales que afectan a los grupos de personas desconocidas;
Exigir unas respuestas razonadas (y razonables) a los comentarios de los ciudadanos, y hacer que sus esfuerzos merezcan la pena. Esto aparece como perfectamente posible, dado que la Carta de Derechos Fundamentales deja abierta la lista de consecuencias asociadas al derecho de buena administración, siendo, sin duda, la participación ciudadana en garantía de la objetividad una de ellas;
Exigir que las instituciones y los organismos identifiquen automáticamente al funcionario responsable de los procedimientos, siguiendo el ejemplo italiano.

76 La posibilidad de una codificación del procedimiento administrativo en el ámbito comunitario es ya una cuestión clásica, con partidarios y detractores. Véase, por ejemplo, Carol Harlow. “Codification of EC Administrative Procedures? Fitting the Foot to the Shoe or the Show to the Foot”, en: *European Law Journal*, vol. 2, Nº 1, marzo, 1996, p. 3 y ss. En nuestra opinión, expresada ahora muy brevemente, existen buenas razones para considerar seriamente las ventajas que otorgaría una (flexible) regulación de los principios e instituciones básicas procedimentales en el ámbito europeo (seguridad jurídica, armonización vertical, entre la Unión Europea y los Estados, y horizontal, en los Estados, lo que favorecería la efectividad de la aplicación del Derecho comunitario, por ejemplo). En tal sentido, parece difícil negar la posibilidad comunitaria de regular los aspectos procedimentales ligados a la actuación de la propia administración, mientras pudiera ser más discutible que la regulación se extendiera a los aspectos procedimentales ligados a la aplicación del Derecho comunitario por los Estados, aunque creemos que el Derecho originario de la UE ofrece cobertura suficiente para la misma.

77 Por ejemplo, el de Madrid, de 2008: <<http://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Promocionales/Ayuntamiento/ficheros/CodigoBuenasPract.pdf>>.

elementos de promoción de la gestión pública de calidad y de la garantía del derecho a una buena administración, al concretar las obligaciones dimanantes de éste. La aprobación de Cartas de servicio puede ayudar a precisar el contenido del derecho a una buena administración y de las obligaciones públicas conectadas. Al fijar compromisos en dichas cartas, se establecen estándares de actuación, que ayudarán, en su caso, a dilucidar si el daño derivado de la actuación o inactividad administrativa debe dar lugar a responsabilidad.⁷⁸

4.2. En especial, el debido procedimiento administrativo y la dimensión procedimental de los derechos fundamentales

Cassese ha subrayado como la disciplina legislativa del procedimiento es muy importante y ha constituido “un punto de inflexión en la historia reciente de muchos sistemas político-administrativos (por ejemplo, el americano) y se presenta hoy como un requisito esencial de buena administración”.⁷⁹

La obligación legal de seguimiento de un procedimiento adecuado al desarrollo de la función administrativa, que permita el cumplimiento del deber de buena administración, es relevante. Diversos ordenamientos jurídicos adjetivan el procedimiento administrativo para indicar un plus, más allá de su mero cumplimiento formal. Son los casos, por ejemplo, del ordenamiento argentino (debido proceso adjetivo)⁸⁰ o norteamericano o británico (*due process, fair procedure*),⁸¹ donde se expresa la idea que el seguimiento de un procedimiento es condición necesaria, no suficiente.

En consecuencia, el seguimiento adecuado del correcto procedimiento es una garantía de la calidad de las decisiones.⁸²

Pero hay más. El procedimiento también puede actuar como mecanismo que permita y facilite la efectividad de los derechos, supuesto en el que existe un mandato al legislador para que logre el despliegue de la eficacia total del derecho mediante la articulación de

78 Joaquín Tornos Mas. “Las Cartas de Servicio”, en: *QDL*, 2006, p. 72 y ss.

79 Sabino Cassese. “Legislative regulation of adjudicative procedures an introduction”, en: *European Review of Public Law*, número especial de 1993.

80 Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 3ª ed., 1998, tomo II, capítulo IX, apartado 13, especialmente.

81 Denis James Galligan. *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

82 Véase más arriba el apartado 2. Destaca esta conexión, por ejemplo, la publicación del *Ombudsman* del estado australiano de Queensland titulada *Good Decisions-Making Guide. Good decisions make Good Sense*, 2007, disponible en: <<http://www.ombudsman.qld.gov.au/PublicationsandReports/GoodDecisionMakingGuide.aspx>>.

mecanismos procedimentales precisos a tal fin.⁸³

En consecuencia, la necesaria formalización legislativa que cubra la reserva de ley procedimental en el ámbito de los derechos fundamentales, así como la actividad administrativa que se desarrolle, ha de permitir tanto la protección de la vertiente material del derecho frente a la injerencia administrativa como, dependiendo de la estructura del derecho concreto, su plena efectividad en aquéllos casos que la misma esté supeditada a la realización de algún tipo de actividad administrativa.

4.2.1. Participación ciudadana

La tarea administrativa de garantía de la igualdad participativa es primordial en garantía de la objetividad y por lo tanto de la buena administración, como ya apuntamos. Como ya subrayamos, el papel administrativo es singular en las redes de gobernanza, tanto con respecto a su responsabilidad al promover la igualdad inclusiva de los intereses como por el hecho de que en ella recae la competencia para resolver de forma irrenunciable (en el caso español, así lo señalan los artículos 12 Ley 30/1992 y, en el ámbito local, 69 Ley 7/1985). Véase lo ya sostenido en la sección III.1.

4.2.2. Función consultiva e informes

La emisión por parte de los órganos consultivos de los correspondientes dictámenes, con su influencia sobre la buena administración en la actividad procedimental en desarrollo por parte de la administración activa, supone velar para que los principios de buena administración que orientan el ejercicio de la discrecionalidad se hagan realidad en cada concreto supuesto de ejercicio de la función administrativa, guiando el núcleo mismo de la decisión discrecional y contribuyendo a su acierto (así en España, es destacable la labor del Consejo de Estado, artículo 107 de la Constitución, y sus equivalentes autonómicos).

4.2.3. La instrucción, el instructor y la propuesta de resolución

83 Peter Haberle, en: Antonio López Pina (Dir.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: Civitas, 1991, p. 99 y ss.
En España, al respecto, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999, de 16 de diciembre, fundamento jurídico 19 (Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2000/01/20/pdfs/T00041-00121.pdf>). En Alemania, en el famoso caso *Mülheim-Karlrich*, el Tribunal Constitucional alemán conoció en 1979 de la impugnación de una autorización relativa a una central nuclear. El Tribunal Constitucional alemán subrayó que la previsión legal procedimental suponía una protección de fundamentales, cuya violación administrativa suponía una vulneración de éstos (extractos de la decisión, disponibles en español, en Jürgen Schwabe. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*. Konrad - Adenauer - Stiftung, 2009, p. 143 y ss. <http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf>)

La necesidad de adoptar decisiones procedimentales que pueden llegar a ser de gran trascendencia e incluso afectar a derechos fundamentales explica la importancia que puede llegar a alcanzar la figura del responsable-instructor del procedimiento (en el caso español, entre otros, artículos 35, letra b, y 41 de la Ley 30/1992). El responsable-instructor del procedimiento es el personaje clave para hacer realidad el deber de buena administración y el derecho al procedimiento administrativo debido. Lo que debería motivar una reflexión cuidadosa sobre la capacidad y la preparación específica que los sujetos que desempeñan estas funciones deberían reunir.

4.2.4. Expediente

La administración, en cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una buena administración, debe acreditar en el expediente que la decisión adoptada goza de suficiente fundamentación que la sostenga, que se apoya en datos y elementos de juicio y que ha existido una ponderación de la que se han derivado razones que justifican la elección efectuada. De ahí la extraordinaria importancia del expediente, puesto que actúa como espejo del procedimiento seguido (lo que justifica normas, incluso de rango legal en el caso español, estableciendo cómo debe ser elaborado el expediente⁸⁴ y remitido al tribunal de justicia en caso de conflicto judicial).⁸⁵

4.2.5. Motivación

La necesidad de motivar adecuadamente fuerza indirectamente a la realización de las ponderaciones exigidas por el derecho a una buena administración. La doctrina europea e iberoamericana pone de relieve las conexiones entre motivación y buena administración, conexiones que también pueden hallarse en la jurisprudencia (por ejemplo, sentencia del

84 Ley catalana 26/2010:

“Artículo 46.- Expediente administrativo:

1. El expediente administrativo está integrado por el conjunto de documentos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualesquiera que sean el soporte y el tipo de información que contengan. Un mismo documento puede formar parte de distintos expedientes electrónicos.

2. Los documentos que integran el expediente deben estar debidamente indexados, numerados y ordenados cronológicamente.

3. La foliación de los expedientes en soporte electrónico debe llevarse a cabo mediante un índice electrónico, el cual:

Debe ser firmado por la administración, órgano, organismo o entidad pública actuante, según proceda.

Debe garantizar la integridad del expediente electrónico y permitir su recuperación siempre que sea necesario.

4. Los documentos administrativos en soporte electrónico:

Se consideran válidamente emitidos por las administraciones públicas si tienen incorporado alguno de los sistemas admitidos de firma electrónica.

Deben incluir una referencia temporal.

Pueden tener la consideración de documentos originales o de copia y deben indicar dicha circunstancia.

5. El envío de expedientes puede ser sustituido a todos los efectos legales por la puesta a disposición del expediente electrónico, teniendo derecho la persona interesada a obtener copia del mismo.”

85 Artículo 48.4, Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso administrativa:

“El expediente, original o copiado, se enviará completo, foliado y, en su caso, autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga”.

Tribunal Supremo español de 11 de junio de 1991, conectando la explicitación de razones con “la buena administración”).

La motivación, en cierta manera, es, junto al expediente administrativo, la *caja negra* del comportamiento administrativo. Los dos elementos, motivación y expediente, registran, como en el caso de las aeronaves si se nos permite el símil, las principales vicisitudes del ejercicio de la función administrativa, las cuales deben quedar grabadas en ambos.

La motivación no sólo es una garantía formal, en cuanto exteriorización de razones y criterios que así pueden ser conocidas, sino que también lo es de *fondo*,⁸⁶ por cuanto tiene influencia sobre la decisión finalmente adoptada, garantizando la ponderación y la coherencia lógica entre la fundamentación procedimental y la resolución final, especialmente por lo que se refiere al ejercicio de la discrecionalidad.

5. Garantías de la buena administración.

5.1. La garantía por las administraciones públicas activas

Efectivamente, el derecho a una buena administración encontrará una garantía fundamental en la gestión pública capaz de cumplir las obligaciones de buena administración y, en caso de vulnerar tal derecho, capaz de reaccionar frente a la misma mediante los distintos sistemas establecidos en la legislación (recursos administrativos, etc.).

5.2. Órganos consultivos

Refiriéndonos en concreto a la función consultiva desarrollada por órganos institucionales de tipo clásico, su labor puede suponer un modo preventivo eficaz y económico de evitar supuestos de mala administración, como antes ya se expuso.

5.3. Responsabilidad patrimonial: cartas de servicio y responsabilidad en el caso de decisiones discrecionales

La existencia de estándares de buena administración (de funcionamiento *normal*, esto es, no negligente) en cartas de servicio, como se dijo más arriba, otorgaría seguridad jurídica en la apreciación de cuando es imputable un daño a la administración y evitaría una casuística judicial dispersa e incoherente.

⁸⁶ Como señala muy acertadamente el Decreto ecuatoriano 3179 de 2002, que contiene el reglamento para el control de la discrecionalidad de los actos de la administración pública, artículo 4. Disponible en: <<http://gestor.pradpi.org/upload/a22/f862.pdf>>

La posible vulneración del derecho a una buena administración generadora de responsabilidad es singularmente importante el ámbito del ejercicio de potestades discrecionales. En el caso español -donde la responsabilidad patrimonial de la administración es, en principio, objetiva, esto es no necesitada de culpa o dolo administrativo y sólo de una relación de causalidad entre daño y actividad o inactividad pública- una interesante y consolidada línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, interpretada *a contrario* pone de relieve como el ejercicio de una potestad discrecional con vulneración del derecho a una buena administración que suponga un funcionamiento anormal, por ausencia de debido cuidado en la ponderación, causante de daños puede dar lugar a una lesión antijurídica y por tanto de obligada indemnización por las autoridades (por todas, sentencia del Tribunal Supremo español de 3 de mayo de 2010).

5.4. Medidas de subsanación por incumplimiento de las Cartas de Servicios

La regulación de las cartas de servicios puede establecer medidas de aseguramiento de la buena administración más allá de la responsabilidad patrimonial administrativa (emisión de cartas de disculpa, etc.). Así, utilizando de nuevo el ejemplo español, el Real Decreto 915/2005 señala en su artículo 9 que las Cartas de servicio deberán contener “medidas de subsanación en caso de incumplimiento de los compromisos declarados, acordes con el contenido y régimen jurídico de prestación del servicio, con independencia” de la responsabilidad patrimonial que pudiera existir.

5.5. Recursos judiciales

La vulneración del derecho al procedimiento debido y del derecho a la buena administración puede dar lugar, incluso, a la comisión de un *delito*, como ocurre con los delitos vinculados a la corrupción, cuando existe una mala administración dolosa que busca un beneficio indebido, con lo que en estos casos la *buena administración es objeto de tutela penal*.⁸⁷ Pero, sin necesidad de llegar a la comisión de delitos, pueden existir actividades o inactividades administrativas que, al vulnerar la buena administración por falta de debida diligencia en el desarrollo de las funciones, sean ilegales y, por tanto, susceptibles de control judicial. Recientes desarrollos conectan los conocimientos de la psicología cognitiva con el Derecho público para mostrarnos como el control judicial puede ser un elemento valioso para evitar las limitaciones cognitivas, las “ilusiones cognitivas”, que provocan los atajos mentales (heurísticos) y los principios organizativos (sistemas) que utiliza el cerebro humano para

87 Adela Asua Batarrita. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria”, en: Adela Asua Batarrita. *Delitos contra la administración Pública*. Bilbao: IVAP, 1997, p. 13 y ss.

procesar los flujos ingentes de información.⁸⁸

Ejemplos de control judicial de la actividad administrativa mediante el uso de la buena administración pueden encontrarse en el ámbito europeo y en el ámbito iberoamericano.

En el ámbito europeo, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* con sede en Estrasburgo mantiene una consistente jurisprudencia aludiendo al *principio de buena gobernanza* como instrumento jurídico para orientar y limitar la discrecionalidad de las autoridades de los países miembros del Convenio de 1950. Así, de las decisiones *Cazja* contra Polonia, de 2 de octubre de 2012, *Rysovskyy* contra Ucrania (de 20 de octubre de 2011) u *Öneryildiz* contra Turquía (de 30 de noviembre de 2004) se deduce que aunque el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas (como por ejemplo, las urbanísticas) y en las medidas que resulten, ello no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse sólo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar conforme al principio de buena gobernanza, que impone una actividad pública:

- Ágil y rápida y en su debido momento (“promptly”, “speedily”, “in good time”), desarrollada de una manera apropiada y “sobre todo” consistente, especialmente cuando afecta a “derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de propiedad”.
- Llevada a cabo con sumo (“utmost”) cuidado, “en particular cuando se trata de materias de vital importancia para los individuos, como beneficios sociales y otros derechos parecidos”.
- Mediante el desarrollo de procedimientos internos que permitan la transparencia y la claridad de sus operaciones, minimicen el riesgo de errores y promuevan la seguridad jurídica en las transacciones entre particulares afectando intereses relativos a la propiedad.
- Correctora de errores cometidos, con el pago, en su caso, de una adecuada compensación u otro tipo de reparación apropiada para el ciudadano afectado por los mismos.

Todavía en el ámbito europeo, pero en el más reducido de la Unión Europea, y por lo que se

88 Jeffrey Rachlinski y Cynthia Farina. “Cognitive Psychology and Optimal Government Design”, en: *Cornell Law Review*, vol. 87, pp. 549-615, 2002. (Disponible en: <<http://library2.lawschool.cornell.edu/facbib/faculty.asp?facid=1>>).

refiere a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal de Primera Instancia (ahora Tribunal General), diversas sentencias se han referido a la buena administración de forma implícita y explícita. Por ejemplo, decisión del Tribunal de Justicia en el Caso C-505/09P, sentencia de 29 de marzo de 2012, Estonia contra Comisión Europea, en relación con comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: confirma anulación por Tribunal General de una decisión por vulneración del principio de buena administración de los procedimientos administrativos que significa “la obligación de examinar minuciosa e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes del asunto de que se trate”; decisión del Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*).⁸⁹

Entre la *jurisprudencia iberoamericana*, es destacable la labor de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que ha empleado diversos principios constitucionales ligados con “la buena marcha del gobierno” y “el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, antes aludidos, para otorgar amparo en casos donde la salud de un ciudadano estaba en juego por deficiente atención médica (por ejemplo, sentencias de 13 de julio de 2004, Res. 2004-07352 o de 5 de agosto de 2005, Res. 2005-010292). Por otro lado, el Tribunal Supremo español ya se ha referido en numerosas ocasiones al derecho a una buena administración. Las referencias a la buena administración en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y de los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes comunidades autónomas se pueden encontrar ya en centenares de sentencias.⁹⁰

La labor judicial en la protección del derecho a una buena administración debe conducir a un incremento de la importancia del control de la actividad administrativa durante el transcurso del procedimiento y antes de la adopción de la decisión definitiva (así, en la tradición jurídica española, del control de los denominados actos trámite, artículo 107.1 Ley 30/1992), así como a una potenciación de las medidas cautelares contra actividades administrativas vulneradoras de la buena administración, mediante la utilización del criterio del *bonus fumus iuris*, ya empleado en el caso español, por ejemplo. Finalmente, la importancia del procedimiento y la motivación para la buena administración ha de conducir al abandono de la consideración de los defectos en estos aspectos como “vicios formales” (caso español, por ejemplo, artículo 63.2 Ley 30/1992), de poca relevancia, para pasar a ser considerados defectos que afectan a la sustancia del ejercicio de las potestades

89 Véase sobre esta jurisprudencia: Hanns Peter Nehl. *Administrative Procedure in EC Law*. Oxford: Hart Publishing, 1999, y Jürgen Schwarze. “Judicial Review of European Administrative Procedure”, en: *Public Law*, N° 49, 2004, p. 146 y ss.

90 Juli Ponce Solé. “Procedimiento administrativo, globalización y buena Administración”, en: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, suplemento 2008-IV, 2008, pp. 2-51.

y que suponen una ilegalidad.⁹¹ Asimismo, allí donde no exista, como en el caso español, la protección de un valor individual pero también colectivo como la buena administración puede justificar y aconsejar la introducción en la legislación procesal de una acción pública o popular en defensa de la misma.

5.6. Los *ombudsmen*

Last but not least, los *ombudsman* pueden y deben tener un destacado papel en la defensa del derecho a una buena administración y, mediante el mismo, en el control de las actividades públicas y en la protección y efectividad de otros dependientes de esa buena administración. Ello será especialmente importante cuando la actividad administrativa sea discrecional pudiendo su intervención prevenir supuestos de mala administración, al limitar y orientar mediante las obligaciones de buena administración el comportamiento administrativo.

La creciente relevancia de la buena administración es posible también apreciarla en la labor de los *ombudsman*, en la que las referencias al control de las administraciones y la defensa de los fundamentales se ven crecientemente apoyadas en la tutela de la buena administración. Aunque el análisis de las constituciones y legislaciones de defensores de los países iberoamericanos, salvo error u omisión, no incluyen la expresión buena administración, tenemos supuestos en el ámbito español en que el concepto es recogido en normativa (por ejemplo en diversos estatutos de autonomía, como se indicó), incluyendo también legislación referida a los defensores.

Así, es el caso del *Ombudsman* catalán (*Síndic de Greuges*), cuya Ley 24/2009, de 23 de diciembre, en sus artículos 4c y 83c, hace referencia a su labor de garantía del derecho a una buena administración,⁹² que ha dado lugar al *Código de buenas prácticas administrativas*, recopilando las sugeridas por esta institución a las administraciones.⁹³ También es el caso del Procurador General de Asturias, cuya Ley 5/2005, de 16 de diciembre también alude a la buena administración en el Preámbulo (señalando que es equivalente a “una buena y transparente gestión de los intereses públicos”) y en el artículo 23.⁹⁴

Los *ombudsman* pueden y deben tener un papel destacado en la precisión de su significado, conociendo las elaboraciones existentes en la jurisprudencia, en conexión relevante con los procedimentales y a la motivación adecuada, evitando usos indeterminados de la buena

91 Juli Ponce Solé. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Op.Cit. pp. 687-797.

92 Puede consultarse la ley en: <<http://www.sindic.cat/es/page.asp?id=41>>.

93 Síndic de Greuges. *Código de Buenas Prácticas Administrativas*, 2009 (disponible en: <<http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2527/codigo%20buenas%20practicas%20administrativas.pdf>>).

94 Véase la ley en: <<http://www.procuradoragenerales.es/pg/pgley.php>>.

administración y su solapamiento redundante con otras reglas y principios.⁹⁵ Asimismo, pueden impulsar mediante sus recomendaciones el despliegue de los instrumentos aludidos de potenciación de la buena administración.

6. Conclusiones

En fin, la preocupación por una buena administración está ya aquí para quedarse y el Derecho puede contribuir a su consolidación, mejorando así, con él y a través de él, los derechos de los ciudadanos y la calidad de la gestión pública.

Es la garantía del derecho a una buena administración por el Derecho público, no sólo mediante el control judicial, como hemos visto, un camino de futuro que consideramos debe recuperar para la Ciencia Jurídica el papel destacado (si bien no único) que le corresponde en la gestión pública, papel que algunos han señalado como devaluado en las últimas décadas, frente a otros enfoques, que aparecen, en ocasiones, como más *glamorosos*. Sin embargo, convendría en este siglo XXI no olvidar las palabras de Prats, advirtiéndolo de los riesgos de prescindir del Derecho:

“Es un grave error la actitud de menosprecio y marginación del Derecho manifiesta en tantos programas y “modernizadores” administrativos que viven una grave confusión: habiendo aprendido que “no se cambia la administración por decreto” creen que es posible cambiar al margen del derecho. Y actuando así no sólo provocan graves desajustes entre las prácticas informales y la legalidad formal, con el consiguiente desorden y riesgo de corrupción, sino que provocan también que muchos meritorios esfuerzos de cambio acaben siendo fagocitados por las instituciones formales vigentes a las que se renuncia de entrada a replantear”.⁹⁶

El derecho y las obligaciones jurídicas de buena administración abren nuevas sendas epistemológicas y metodológicas para el derecho público, con una mayor preocupación por el papel del mismo en la buena gestión pública, por su interacción con otras ciencias sociales (que a su vez, no pueden ni deben prescindir de él) y por el abandono de perspectivas positivistas formalistas que descuiden el impacto real del Derecho en la sociedad, su cumplimiento o incumplimiento y su incidencia social.⁹⁷

95 Sobre la importancia de la argumentación de los *Ombudsman* en general, Guillermo Escobar Roca. “Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el defensor del pueblo (Análisis empírico, reconstrucción dogmática y propuesta del futuro)”, en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, pp. 229-257.

96 Joan Prats. *Op.Cit.*, p. 74.

97 Juli Ponce Solé y Josep Maria Moltó, con la colaboración de Oscar Capdeferro. *Dret, Juristes i Gestió Pública*. Cataluña: EAPC, 2012, en el epílogo y p. 202 y ss. Disponible en: http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions/Varia/35%20dret_juristes_gestio/dret_juristes_gestio.pdf.

PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO PERUANO Y LEGITIMIDAD DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

*Jorge Danós Ordóñez**

1. Introducción

Tengo a mi cargo describir, en grandes trazos, la forma en que considero que se encuentran recogidos los aspectos fundamentales de los principios de buen gobierno y de buena administración en el Derecho Administrativo peruano.

Al respecto, me parece esencial partir de una cita a la profesora Yolanda García Calvente, ex Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, según la cual el reconocimiento del derecho a la buena administración o al buen gobierno en el artículo 41º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “no supuso el nacimiento de un nuevo fenómeno, sino en la inclusión bajo un nombre relativamente novedoso de una serie de derechos y principios por los que la Administración tiene que guiarse desde hace tiempo”.¹

Me parece interesante este comentario porque, desde la perspectiva del Derecho Administrativo peruano, lo que podríamos denominar como “componentes principales” de los citados principios ya se encuentran desarrollados en nuestra regulación administrativa, bajo la forma de un conjunto de obligaciones, parámetros, conceptos y principios que disciplinan la actuación de todas las entidades administrativas en el Perú, así como de sus relaciones con los privados destinatarios de la actividad administrativa.

Con ello, se busca que los citados principios de buen gobierno y de la buena administración, a la vez que cumplen el rol que les corresponde como orientadores para guiar la actuación de la Administración al servicio de los intereses generales de la colectividad, constituyan a su vez obligaciones que deben cumplir todas las entidades de la Administración Pública y un auténtico y genuino derecho de todos nosotros los ciudadanos del cual se derivan una serie de derechos exigibles frente a la Administración Pública.

* Estudios de Doctorado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor principal de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutiérrez Rodríguez (Coords.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 13.

En resumen, los principios del buen gobierno y a la buena administración tienen por objetivo democratizar la función administrativa para lograr una administración pública más participativa, que dialogue y que justifique sus decisiones.

2. Los principios de buen gobierno y buena administración en el ordenamiento jurídico peruano

A continuación, me parece importante determinar cuáles son las bases normativas que nos permiten sostener que los componentes esenciales de los principios al buen gobierno y buena administración se encuentran contenidos en las diversas normas que conforman nuestro régimen legal jurídico - administrativo.

Lo cierto es que estamos hablando de conceptos que, en otras latitudes como es el caso de Europa -particularmente en la antes citada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea- tienen establecido normativamente su concepto, contenido y alcances en forma específica a través de la consagración jurídica de un conjunto de principios y normas destinadas a regular el funcionamiento de la administración pública.²

En cambio, en el Derecho Administrativo peruano, las diferentes reglas, parámetros o principios que se desprenden de los derechos al buen gobierno o de la buena administración se encuentran desarrollados en tres grupos de normas administrativas:

- a. El régimen legal del procedimiento administrativo general desarrollado en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la “LPAG”) que consagra varios de los principios esenciales, así como reglas y obligaciones para el buen funcionamiento de la administración que, a su vez, constituyen derechos exigibles por parte de los ciudadanos para quienes configura un verdadero estatuto

2 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

“Artículo 41.- Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

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

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

Sobre este precepto el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer comenta que “*se trata fundamentalmente de opciones y posibilidades ya existentes, pero que ahora se ordenan y hacen ostensibles dotándoseles de fuerza calificada, aún sin olvidar la diferente densidad jurídica de unos y otros preceptos*”. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer. “De los derechos humanos al derecho a una buena administración”, en: Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutiérrez Rodríguez (Coords.). *Op. Cit.*, p. 49.

en sus relaciones con la Administración Pública;

- b. Las normas que regulan el régimen organizativo y de funcionamiento de las entidades de la administración pública en los tres niveles territoriales de Gobierno (nos referimos a las leyes orgánicas que regulan los niveles de gobierno de carácter nacional, regional y local) que establecen importantes principios rectores bajo los cuales deberán regirse la actuación de las entidades (principios de servicio al ciudadano, participación, transparencia, eficiencia y eficacia, entre varios otros) y finalmente;
- c. El conjunto de normas que tienen por finalidad regular el comportamiento de los funcionarios y servidores públicos, es decir, del personal al servicio del Estado, de las reglas de ética pública, así como las prohibiciones e impedimentos para evitar los conflictos de interés, con la finalidad de garantizar que los funcionarios públicos cumplan en forma objetiva las funciones de tutela a los intereses generales de la sociedad que el régimen jurídico encarga a las entidades de la administración pública.

Todos estos grupos de normas consagran reglas, principios y parámetros que responden a la finalidad de garantizar la vigencia de los principios al buen gobierno y a la buena administración en el Perú, que sirven como guía o inspiración para asegurar el buen funcionamiento de la administración pública.

Por tanto, corresponde preguntarnos: ¿Cuál es el rango jurídico y el contenido de los principios que forman el núcleo esencial de los denominados derechos al buen gobierno y a la buena administración en el ordenamiento jurídico peruano?

Dichos principios tienen un contenido y extensión muy variada, siendo que varios de ellos cuentan con fundamento directo en la propia Constitución Política de 1993, sin perjuicio de los desarrollos legales de que puedan ser objeto.

Por ejemplo, es el caso de los principios de transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública y de acceso a la información por los ciudadanos, de respeto y protección de los derechos fundamentales de las personas, de participación ciudadana en la toma de decisiones por parte de la administración pública, de la no arbitrariedad por parte de las entidades de la administración y varios otros, la mayor parte de ellos respaldados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú.

Dichos principios establecen la obligación de la administración pública de justificar sus decisiones, en orden a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad – que constituye el norte de funcionamiento de la administración pública – y que en la actualidad ya no se concibe que pueden definirse en forma unilateral por la administración, pues su determinación requiere de una participación de los agentes sociales en forma articulada con los poderes públicos.

En el régimen constitucional peruano no se encuentra recogido de manera expresa el derecho al buen gobierno o derecho a la buena administración, pero como bien señala el profesor Gerardo Ruiz-Rico Ruiz respecto del régimen constitucional español –que tampoco consagra en forma expresa dicho principio³–, podemos encontrar varios de los caracteres distintivos de dicha noción en el conjunto de principios constitucionales que norman la actuación de los poderes públicos, a los cuales acabamos de hacer referencia, además de los rasgos constitucionales que son propios de la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho que el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado proclama nuestra Constitución.⁴

En el derecho administrativo peruano, la LPAG es una norma central en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano, pues regula la actividad de las entidades administrativas con el propósito de encauzar su actuación para que se realice conforme a reglas y normas que cumplen un doble objetivo: (i) De una parte, asegurar la eficacia del funcionamiento de las entidades administrativas, para que puedan cumplir los cometidos de satisfacción de los intereses generales de la colectividad cuya tutela tienen encomendados; y (ii) de otra parte, garantizar que el ejercicio de las competencias y facultades administrativas no afecte ilegítimamente los derechos de los particulares.

La LPAG es una de las normas capitales del Derecho Administrativo peruano, porque constituye el referente normativo necesario para el funcionamiento de las entidades que conforman la administración pública en el Perú.

Mediante la regulación del procedimiento administrativo se disciplina la actividad de la administración pública. Los funcionarios están sujetos a un cauce formal legalmente establecido que: les obliga a realizar determinadas actuaciones, les faculta a utilizar

3 Gerardo Ruiz-Rico Ruiz. “El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria”, en: Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutiérrez Rodríguez (Coords). Op. Cit, pp. 55 y ss.

4 Es el caso de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0003-2003-AI, la cual señala que: “10. El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado”.

potestades exorbitantes, les impone el deber de sujetarse a una extensa relación de principios que tienen por finalidad procurar el mejor cumplimiento de las funciones la ley les asigna. Todo ello dentro de un marco constitucional que, a la par de establecer los cometidos que debe cumplir la administración y sus funcionarios, consagra los derechos fundamentales de las personas que la administración debe respetar y defender, así como hacer posible su vigencia.

3. El procedimiento administrativo y su relación con los principios de buen gobierno y buena administración

El procedimiento administrativo es un mecanismo diseñado legalmente para encauzar jurídicamente la actividad de la administración pública. Constituye uno de los instrumentos centrales que nuestro ordenamiento administrativo establece para el control jurídico de la actuación de las entidades administrativas.

Cuando el régimen legal dispone que la administración pública está obligada a desarrollar las funciones que tiene a su cargo sujetándose a las reglas de un procedimiento administrativo legalmente establecido, su propósito es asegurar que las entidades que forman parte de ese complejo organizativo –conocido como Administración Pública– cumpla los cometidos que tienen legalmente asignados para la tutela de los intereses públicos que atañen a la colectividad, pero sin menoscabo de los derechos de los particulares.⁵

La regulación de todo procedimiento administrativo tiene o debe tener como regla para su diseño, de una parte, el procurar armonizar la necesidad de establecer instrumentos o prerrogativas para asegurar la eficacia de la actuación administrativa en orden a la protección de los intereses públicos y, por otra, la garantía de los derechos de los ciudadanos.

La vigencia en el ordenamiento jurídico peruano de una regulación general del procedimiento administrativo responde a la necesidad de garantizar un conjunto de principios constitucionales aplicables a la actividad de la administración pública en sus relaciones con los ciudadanos, tal es el caso de los principios de seguridad jurídica, legalidad, igualdad y debido procedimiento, entre otros.

Asimismo, la vigencia de un marco legal regulador de un procedimiento administrativo general que desarrolla las reglas básicas del derecho fundamental al debido procedimiento

⁵ En tal sentido, el Artículo III del Título Preliminar de la LPAG proclama que “[...] la Administración Pública sirve a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general”.

y de otros principios y derechos directamente vinculados –deber de motivación de las decisiones administrativas, razonabilidad, respeto del derecho de defensa, entre otros–, en consonancia con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, acentúa la garantía de los citados derechos en el ámbito de la administración pública.

En su elaboración, la LPAG fue concebida para erigirse en un instrumento legal para promover la modernización de la Administración Pública, mejorando los términos de las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos, facilitando el acceso de estos y potenciando sus derechos, sin menoscabo de los prerrogativas o potestades exorbitantes que se le otorga a la administración para asegurar el cumplimiento de los cometidos que tiene constitucional y legalmente asignados, los que deben ejercerse en equilibrio o armonía con los derechos fundamentales de las personas en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho como el peruano.

En la práctica, desde su entrada en vigencia, la LPAG ha sido tomada como un referente para la interpretación y aplicación de las normas que regulan procedimientos administrativos especiales, no sólo en lo que respecta a su necesaria aplicación supletoria o complementaria a las normas especiales, o a la proyección que ejercen los principios del procedimiento administrativo consagrados en el artículo IV de su Título Preliminar, sino que, progresivamente, varias de los desarrollos e instituciones que contiene han pasado a formar parte del acervo común de las entidades administrativas.

En efecto, de forma frecuente, éstas interpretan las normas del procedimiento especial que regulan su actuación en función de las reglas de la citada LPAG, lo que es muchas veces estimulado por los particulares que reclaman la aplicación de los aspectos mas garantistas de la LPAG, más aún cuando están involucrados la vigencia de principios y la protección de derechos de orden constitucional desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

En tal sentido, el Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG proclama un conjunto de principios que tienen por objeto acentuar el carácter servicial de la Administración Pública en favor de los ciudadanos, que son los destinatarios o beneficiarios de la correspondiente actividad administrativa, lo que se pone de manifiesto en el énfasis garantista de su redacción y se verifica en el establecimiento –a lo largo del texto de la LPAG– de obligaciones y deberes que se le imponen a las autoridades y funcionarios en la tramitación de los procedimientos administrativos.

La mayor parte de los principios del procedimiento administrativo enunciados por la LPAG, aunque tienen operatividad por sí mismos y determinan, en muchos casos, obligaciones

y deberes genéricos de actuación para las entidades de la Administración Pública en sus relaciones con los particulares, encuentran su desarrollo en mandatos concretos en el cuerpo de la citada ley.

Tal es el caso, entre varios otros, del principio de verdad material, que obliga a la Administración a resolver ajustándose a los hechos reales, sin limitarse a los que hayan sido alegados y probados por los interesados, para lo cual debe agotar todos los medios a su alcance para recopilar toda la prueba vinculada al asunto sometido a su conocimiento.

Dicho principio tiene manifestaciones prácticas en el artículo 163º de la LPAG, el cual faculta a la Administración para que pueda producir pruebas de oficio, a fin de obtener un conocimiento cabal de los hechos. Asimismo, el artículo 167º permite solicitar documentos a otras autoridades y el artículo 169º faculta requerir a los administrados su colaboración para la obtención de pruebas.

Los principios del procedimiento administrativo consagrados por la LPAG que guardan directa vinculación con el principio (y derecho implícito de los privados) a la buena administración y que pueden considerarse que forman parte de este, lo constituyen los principios: de legalidad, del debido procedimiento, razonabilidad, imparcialidad, conducta procedimental o buena fe procesal, celeridad, eficacia, participación, simplicidad, igualdad y predictibilidad, además de otros que puedan derivarse del ordenamiento administrativo, o incluso de otras normas legales que regulan procedimientos administrativos sectoriales.

Así, por ejemplo, el artículo 3º de la norma legal que regula las contrataciones del Estado dispone expresamente la aplicación a los procedimientos administrativos de selección de contratistas (licitación, concurso público, entre otros) de los principios de *“moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario entre todos los contratistas”*.⁶

También es importante poner de relieve otros dispositivos de la citada LPAG que consagran en forma expresa una relación de derechos de los administrados en sus relaciones con la Administración Pública (art. 55º), así como correlativamente obligaciones de las entidades administrativas (art. 75º) en los procedimientos que desarrolla en relación con los privados, las que deben ajustar su conducta a tales parámetros.

6 Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

4. Las normas que regulan el régimen organizativo y de funcionamiento de las entidades de la administración pública en los tres niveles territoriales de gobierno y los principios de buen gobierno y buena administración

En lo que respecta al ordenamiento organizativo de las entidades de la Administración Pública en el Perú, las leyes orgánicas que regulan la estructura y funcionamiento de los poderes del Estado consagran un conjunto de principios que en nuestra opinión sintonizan plenamente con los principios de buen gobierno y buena administración.

Por ejemplo, tenemos el caso de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la cual establece que las entidades que conforman este poder del Estado están al servicio de las personas y de la sociedad, así como del interés general de la nación, sujetándose a los principios de eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, participación ciudadana y transparencia.

Es también el caso de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales que, en su artículo 8°, consagra entre los principios rectores de las citadas entidades de gobierno territorial a los principios de: transparencia administrativa, participación ciudadana, gestión moderna y rendición de cuentas, además de eficacia y eficiencia también.

Finalmente, la Ley Orgánica de Municipalidades establece que los citados gobiernos locales actúan sujetos, entre otros, a los principios de economía, transparencia, rendición de cuentas, simplicidad, eficacia, participación y de control vecinal.

5. Las normas que rigen a los funcionarios públicos los principios de buen gobierno y buena administración

En el ámbito de la regulación del régimen del personal al servicio del Estado y de la ética pública, de las numerosas normas dispersas que establecen obligaciones directamente dirigidas ya no a una organización administrativa sino a las personas que prestan servicios desde dichas entidades, nos interesa resaltar algunos de los principios consagrados por la Ley N° 27815 que aprueba el denominado Código de ética de la función pública, tal es el caso de los principios de respeto a la juridicidad, probidad, eficiencia, idoneidad, veracidad, justicia y equidad, lealtad al estado de derecho, así como los deberes de neutralidad, transparencia, ejercicio adecuado del cargo, uso adecuado de los bienes del Estado y de responsabilidad.

6. Conclusiones

En resumen, me parece que, en el ordenamiento administrativo peruano, las normas constitucionales y legales que regulan a la Administración Pública contenidas tanto en la LPAG como las que regulan la organización y la estructura de las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno territorial, así como las normas que establecen el régimen y la normativa ética de los funcionarios y servidores públicos, como también la jurisprudencia constitucional, establecen pautas, criterios y parámetros importantes que sirven a efectos de poder garantizar la aplicabilidad de los principios de buen gobierno y de la buena administración en el Perú.

EL BUEN GOBIERNO EN LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y SU RELEVANCIA PARA EL ESTADO PERUANO

*Elizabeth Salmón**

1. Introducción

En el marco del derecho internacional, se presta cada vez mayor atención al concepto de buen gobierno (*good governance*), sus características principales o su naturaleza jurídica (si es un principio general del derecho, por ejemplo). También se ha planteado la interrogante de si es trasladable a otros contextos diferentes del Estado o si existe un derecho individual al buen gobierno, entre otros problemas relacionados. De este modo, la comprensión de este concepto se ha hecho desde distintos terrenos, siendo aún escasa la literatura sobre el aporte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o Corte IDH) en su construcción y cada vez mayor perfilamiento. Precisamente, este artículo pretende plantear una reflexión inicial sobre este punto dividiendo el análisis en tres partes.

En la primera, se explorará el entendimiento interamericano de la democracia representativa como aquel marco gubernamental destinado, en última instancia, a la protección de los derechos humanos; en la segunda, se estudiará el vínculo entre *good governance* y la lucha contra la impunidad, que ha recibido un desarrollo bastante avanzado en la jurisprudencia de la Corte IDH y que, como veremos, se encuentra vinculado al *accountability*; y, finalmente, en la tercera, se aplicará esta discusión en el caso peruano.

2. La protección de los derechos humanos como piedra angular de la democracia representativa

A nivel de la Organización de Estados Americanos (OEA)¹ y, específicamente, en el ámbito

* Profesora principal de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Con mi profundo agradecimiento a Pablo C. Rosales Zamora y Jean Franco Olivera por su valiosa ayuda en la elaboración de este artículo.

1 La Carta de la Organización de Estados Americanos señala en su preámbulo que “la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”.

interamericano,² la democracia representativa ha ganado un espacio importante como forma de gobierno. Esta ha sido definida como el sistema en el que los miembros que conforman su aparato gubernamental son elegidos por el pueblo para su representación, siendo este último factor lo que torna a un determinado gobierno en legítimo.³

Desde el punto de vista jurídico, la construcción del concepto interamericano de democracia y, específicamente, el de democracia representativa, proviene de los instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, Sistema Interamericano o SIDH). En este sentido, si bien se ha señalado que la democracia representativa se centra en la participación de la población en la elección de los gobernantes;⁴ aquella no sólo constituye una forma de elegir gobernantes o tomar decisiones, sino también y fundamentalmente, genera un marco apropiado para que los Estados cumplan, a nivel interno, con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos. Como se indica en el preámbulo de la Carta Democrática Interamericana:

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia.”⁵

Se sostiene, entonces, que de los instrumentos interamericanos de derechos humanos que otorgan contenido a los valores intrínsecos de la democracia, es preciso acudir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, la Declaración Americana) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana o CADH) para comprender qué es y cómo se despliega la democracia representativa.

En primer término, la Declaración Americana señala que “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”. De esta manera, se da

- 2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala, en su preámbulo, que tiene como propósito “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que “la separación de los poderes públicos [...] es una de las características básicas del estado de derecho y de los sistemas democráticos”. Ver Corte IDH. *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (Artículos. 27.2, 25.2 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, párrafo 12.
- 3 António Baptista. “Democracia e a representação democrática”, en: *Análise Social*, Vol. XLV (196), 2010, p. 492. Para una profundización del concepto de democracia representativa puede leerse, especialmente el capítulo V de: Bernard Manin. *Principles of Representative Government*, New York: Cambridge University Press, 1997, pp. 161-192.
- 4 Enrique Peruzzoti. “La democracia representativa como política mediada: repensando los vínculos entre representación y participación”, en: *Debates en Sociología* (PUCP) N° 33, 2008, p. 10. Como señala el autor, buena parte de la producción teórica reciente sobre gobierno representativo está enmarcada dentro de una concepción puramente electoral de la representación.
- 5 Carta Democrática Interamericana. Aprobada en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones (Lima, Perú), el 11 de septiembre de 2001.

por entendido, implícitamente, que el modo de gobierno que preferían, quienes participaron en la IX Conferencia Internacional Interamericana de 1948, era el democrático. Esta idea se ve confirmada por la Convención Americana, la cual se refiere al concepto de “sociedad democrática” en varias de sus disposiciones,⁶ constituyéndose en el marco institucional predilecto para el desenvolvimiento y protección de los derechos humanos. Por ejemplo, en el Caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, la Corte Interamericana, conforme a la línea seguida por su par europeo,⁷ ha erigido como uno de los requisitos mínimos para la restricción de derechos, la preexistencia de una “sociedad democrática”.⁸ En este sentido, en términos de la Corte Interamericana, “las justas exigencias de la democracia deben orientar la interpretación de la Convención”.⁹

Por otra parte, la relevancia cada vez mayor de la democracia, como eje central del nuevo orden mundial, ha llevado a que se señale que existe un derecho a un gobierno democrático¹⁰ y, correlativamente, que se haya configurado una *global guarantee clause*.¹¹ Sin embargo, la Corte IDH no ha llegado a establecer, en su jurisprudencia, un derecho de este tipo, pero ha resaltado, partiendo de la Carta Democrática Interamericana, la relevancia y la centralidad de los derechos políticos para el ejercicio de otros derechos humanos. Como se puede observar en el Caso *Castañeda Gutman vs. México*:

“En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana (...). En dicho instrumento se señala que: [s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un

6 El artículo 32º indica que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (el subrayado es nuestro).

7 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*. (Fondo). Sentencia de 23 de julio de 1968, Application N° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, párrafo 10.

8 Corte IDH. Caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C, N° 179, párrafo 65; Corte IDH, Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C, N° 170, párrafo 93.

9 Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13º y 29º Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, N° 5, párrafos 44 y 66.

10 Thomas Franck. “El derecho emergente a un gobierno democrático”, en: *Revista Ius et Veritas*, N° 38, 2009, pp. 250-295. Ver también: Gregory H. Fox. *Democratic Governance and International Law*. New York: Cambridge University Press, 2000, pp. 10-32.

11 Morton Halperin and Kristen Lomasney. “Toward a Global Guarantee Clause”, en: *Journal of Democracy*, Vol. 4, N° 3, 1993, pp. 60-69.

fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”¹²
(El subrayado es nuestro)

La ligazón que se establece entre los derechos políticos y los demás derechos humanos parte del principio de indivisibilidad y, en tanto que pertenecen al catálogo de derechos humanos, deben ser por igual respetados y garantizados. Asimismo, en este pasaje, la Corte también resalta la función inherente que cumplen los derechos políticos en las sociedades democráticas la cual se concreta en múltiples expresiones como el derecho al voto, la participación en los órganos de gobierno, entre otros. La garantía de tales derechos supone proteger la existencia y funcionamiento de la democracia representativa, que parte de la interacción entre el Estado y la sociedad.

En conclusión, se puede afirmar que el Sistema Interamericano adopta como base política el sistema democrático de gobierno, el cual influye de manera relevante en la interpretación de cada uno de los derechos consagrados en la Convención Americana.

3. La lucha contra la impunidad como eje de la democracia y de los derechos humanos: Hacia el *good governance* interamericano

En vista de la protección de los derechos humanos, un Estado democrático debería tener como uno sus objetivos principales eliminar la impunidad. La Corte Interamericana ha definido la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”¹³

La impunidad suele ocurrir frente a las violaciones de derechos humanos, donde se ha faltado al deber estatal de prevención que genera el primer hecho ilícito internacional. De este modo, la impunidad es su consecuencia. Además, la impunidad resulta en sí misma un hecho de este tipo, debido al incumplimiento del deber de investigación, procesamiento y sanción por los hechos ilícitos originarios. Este segundo aspecto debe tomarse en cuenta desde la perspectiva de las víctimas, para quienes la impunidad supone la continuidad de la violencia debido a que, a veces, ocurre que los sujetos que la ejercen detentan el poder público o el poder fáctico.

12 Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, N° 184, párrafos 142 y 143.

13 Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca” (*Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*). Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, N° 37, párrafo 173; Corte IDH. Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155, párrafo 153; Corte IDH. Caso *Tiu Tojin, vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C N° 190, párrafo 69.

Se infiere de lo anterior que la impunidad es *per se* incompatible con un régimen democrático porque supone, finalmente, el incumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas del derecho internacional de los derechos humanos. Y este es específicamente el punto de conexión con el *good governance*, como veremos a continuación a través de la jurisprudencia de la Corte IDH. En esta línea, uno de los elementos fundamentales del gobierno democrático representativo es la lucha contra la impunidad.

De acuerdo al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el buen gobierno cuenta con cinco atributos esenciales: a) transparencia, b) responsabilidad, c) *accountability*, d) participación y e) respuesta a las necesidades de la gente.¹⁴ Desde un punto de vista interamericano, este concepto se entiende en el marco de la relación que se establece entre gobierno representativo y ciudadanía. Para evaluar esta sinergia, consideramos apropiado examinar cómo es que el *accountability*¹⁵ y, específicamente, el *enforcement*, concepto comprendido en el anterior¹⁶ (y que está referido a que la institución gubernamental puede sancionar y remediar un comportamiento infractor),¹⁷ se puede entender a través de los estándares interamericanos de democracia.

En su labor como órgano de control de la Convención Americana y de otros instrumentos interamericanos, la Corte Interamericana evalúa el cumplimiento de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos. Tal evaluación se hace respecto de cada uno de los órganos que componen el Estado en relación con la obligación de garantía:

“La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces

14 Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Development - Good Governance*, resolución 2000/64 de la sesenta y seisava sesión del 26 de abril de 2000. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/english/issues/development/governance/>>, consultado el 7 de mayo de 2013.

15 Enrique Peruzzoti. *Op. Cit.*, p. 11.

16 Dos son los conceptos comprendidos en el *accountability*. Por un lado está el *answerability* que está referido a la información que deben brindar los agentes públicos sobre sus actos y, por otro, el *enforcement*, referido a la imposición de sanciones a quienes incumplen sus deberes públicos. WORLD BANK. *Accountability in governance*. Disponible en: <<http://siteresources.worldbank.org/PUBLICSECTORANDGOVERNANCE/Resources/AccountabilityGovernance.pdf>>, consultado el 06 de mayo de 2013. Para una mayor profundización sobre el *accountability*, ver: Andreas Schedler. “Conceptualizing accountability”, en: Andreas Schedler, Larry Diamond and Marc F. Plattner (Eds). *The Self Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*. Lynne Rienner Publishers: Boulder and London, 1999, pp.13-28. Por otra parte, ver: Antonio Cassese. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, Second Edition, 2005, p. 296. Sobre el *enforcement*, el profesor italiano dice: “In domestic legal orders enforcement strictly denotes all those measures and procedures, mostly taken by *public authorities*, calculated to impel compliance, by forcible and other coercive means, with the law”. (Las cursivas figuran así en el texto original).

17 Este es el sentido de *enforcement* que seguiremos a lo largo del texto.

de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁸

En este sentido, la imputación de responsabilidad internacional del Estado conduce, necesariamente, en el nivel interno al *enforcement*. Es decir, a la ausencia de impunidad. En caso que se vulneren las obligaciones derivadas de la CADH, es lógico que no sólo el Estado sea considerado responsable internacionalmente, sino que también se investigue y sancione a aquellos que estuvieron involucrados en la configuración del hecho ilícito internacional.

En este sentido, la lucha contra la impunidad ha sido un eje central en la jurisprudencia de la Corte Interamericana debido a la larga historia de graves violaciones de derechos humanos que existieron en nuestro continente, durante la segunda mitad del siglo XX. La inestabilidad gubernamental, producto de la transición de gobiernos dictatoriales a gobiernos democráticos, ha contribuido específicamente a ello. Desde su primera sentencia, la Corte IDH ha señalado que los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención.¹⁹ En mi opinión, este conjunto de obligaciones se identifica con el deber del Estado de combatir y evitar la impunidad.²⁰

La Corte IDH, además, ha señalado que esa “obligación de investigar y, en su caso, enjuiciar y sancionar, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”.²¹ Ello refiriéndose, especialmente, ante situaciones de desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales. Además, conforme a esta postura, la Corte señaló que la lucha contra la impunidad se ve avalada internacionalmente por la decisión de los Estados democráticos de establecer instrumentos internacionales que busquen dicho objetivo. Así se pronunció en el Caso *Radilla Pacheco vs. México* cuando señaló que:

“La erradicación de la impunidad de las violaciones graves de derechos humanos, como la ocurrida en el presente caso, cuenta con una garantía colectiva, reflejada en el claro y creciente interés de toda la sociedad y de todo Estado democrático de Derecho en fortalecer los mecanismos internacionales de protección en esta materia”.²²

18 Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4, párrafo 166. Ver también, por ejemplo, Corte IDH. Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de octubre de 2012, párrafo 144; Corte IDH. Caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párrafo 189.

19 Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4, párrafo 166.

20 Héctor Faúndez Ledesma. *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Costa Rica: IIDH, 3ra. Ed., 2004, p. 10.

21 Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, N° 219, párrafo 137.

22 Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, N° 209, párrafo 311.

Por otra parte, esta obligación general de luchar contra la impunidad, como parte del sustento de una sociedad democrática, comprende diferentes estándares que deben cumplirse para que dicha lucha sea efectiva y no sólo una de apariencia formal.²³ En ese sentido, por ejemplo, en el Caso *Gomes Lund vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)* la Corte IDH, recogiendo un estándar ya establecido en reiteradas oportunidades, ha señalado que “el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”.²⁴

Asimismo, debe resaltarse que la lucha contra la impunidad revitaliza las instituciones democráticas. En el Caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH remarcó que “la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...)”.²⁵ Es decir que, si bien el régimen democrático es base para el respeto y garantía de los derechos humanos, también debe comprenderse que, ante la evolución constante de los derechos humanos, será imprescindible una reactualización de los contenidos propios de las instituciones democráticas. En este sentido, el régimen democrático debe verse acompañado por disposiciones de implementación interna, sean de carácter normativo o de políticas públicas.

En esta línea, la Corte Interamericana ha sostenido que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de Derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”.²⁶ Por tanto, un régimen democrático no solo es un régimen que respete la decisión de las mayorías, sino que además debe regirse por los principios de protección de derechos humanos. Por ello, se pronunció estableciendo que:

“La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por

23 Elizabeth Salmón y Cristina Blanco. *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Idehpucp: Lima, 2012, pp. 19-20. Respecto a la definición de estándar, “desde una perspectiva gramatical, por ejemplo, el Diccionario de la Real Academia Española define estándar —del inglés standard— como «lo que sirve como tipo, modelo, patrón, nivel o referencia». (...) En el marco del Derecho Internacional De Los Derechos Humanos se ha seguido esta definición, puesto que un estándar ha sido considerado generalmente un modelo de referencia que se debería seguir para el cumplimiento de las obligaciones contraídas”.

24 Corte IDH. Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C, N° 219, párrafo 138.

25 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, N° 221, párrafo 239.

26 Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, N° 100, párrafo 116.

sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.²⁷ (El subrayado es nuestro).

De esta manera, la Corte IDH señala que la democracia no puede ser identificada como una tiranía de las mayorías. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia también se ha pronunciado al respecto, señalando que “El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo”.²⁸ En ese sentido, volviendo a la sentencia del Caso *Gelman*, dicha resolución es importante porque la Corte Interamericana declara que incluso los procesos de referéndum realizados en Uruguay en 1989 y 2009 no pueden ser justificaciones para impedir la investigación y posible sanción de las violaciones cometidas durante el periodo de gobierno dictatorial civil y militar (1973-1985).

Por ello, la democracia, entendida desde una perspectiva de derechos humanos, debe ser garantía para la lucha contra la impunidad y no un impedimento para esta. En ese sentido, el control de convencionalidad, mecanismo mediante el cual se vela por el respeto de los derechos humanos regulados en la CADH, escapa al ámbito de la resolución de controversias y alcanza todo acto de cualquier autoridad del Estado.²⁹ En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional de Perú, ha señalado que la irradiación de los derechos fundamentales alcanza a todas las actividades del poder público, por lo que acciones como el otorgamiento de un indulto, de una amnistía o de la prescripción de la acción penal, no puede encubrir arbitrariedades y ser excusas para perpetuar la impunidad.³⁰

Asimismo, la Corte IDH ha delimitado otros estándares importantes para garantizar la lucha contra la impunidad desde un gobierno democrático, como el reconocimiento del juez natural y la delimitación de la jurisdicción militar.³¹ Así lo expresó cuando señaló que:

27 Corte IDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, N° 221, párrafo 239.

28 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141/ 2010 de 26 de febrero de 2010.

29 Elizabeth Salmón. “El control de convencionalidad y su impacto en el diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: *Basic Concepts of Public International Law: Monism and Dualism*, editado por Marko Novakovic, 2012 (en imprenta).

30 Tribunal Constitucional del Perú. Caso *José Enrique Crousillat*. Sentencia de fecha 25 de enero de 2011 recaída en el Expediente N° 03660-2010-PHC/TC, párrafos 8 y 9.

31 Para un mayor abordaje sobre el juez natural y la delimitación del juez militar ver: Elizabeth Salmón y Cristina Blanco. *Op. Cit.*, pp. 145-187.

“En un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones propias de las fuerzas militares”.³²

En conclusión, el Sistema Interamericano reconoce la importancia de la democracia para el respeto de los derechos humanos. Para ello, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha encargado de dotar de contenido el concepto de democracia, señalando que se trata no solo de un conjunto de derechos políticos, sino de una forma de gobierno que debe respetar y garantizar la protección de los derechos humanos, siendo un pilar importantísimo para ello, el *enforcement* o la lucha contra la impunidad.

4. La lucha contra la impunidad: La relación entre la Corte IDH y el Perú

La Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 43° que “la República del Perú es democrática (...)”³³ El Perú ha transitado, históricamente, por gobiernos dictatoriales y breves momentos de democracia, sin embargo, en la última década, se ha iniciado la construcción de un gobierno democrático continuado y representativo. La contribución de la Corte IDH ha sido, en este sentido, sumamente valiosa. Para entender este aspecto, es preciso ver el camino de interacción entre el Perú y la Corte IDH, pudiendo reconocerse tres momentos:

(i) *Aceptación*: El ingreso del Perú al Sistema interamericano el 21 de enero de 1981, en que se acepta la competencia de la Corte de manera plena. Esta fecha coincide con el regreso de la democracia, tras una larga dictadura militar.

(ii) *Indiferencia y enfrentamiento*: Durante la década de los noventa, el Estado peruano adopta una política de indiferencia hacia el Sistema Interamericano. En 1997 decide desconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y se retira oficialmente el 8 de julio de 1999.

(iii) *Cooperación*: Con el regreso de la democracia en el año 2001, el Perú retoma una política de cooperación con el Sistema Interamericano.

En el marco de esta tercera etapa han ocurrido una serie de hechos que han puesto a prueba la relación entre la Corte Interamericana y el Estado peruano, generando

32 Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C, N° 209, párrafo 272.

33 Existen otras referencias a la democracia en el texto constitucional. Para ello, ver artículos 3°, 28°, 35° y 188°.

tensiones, pero también importantes acercamientos. En primer lugar, un gran avance dirigido hacia la proximidad se dio con la promulgación de la Ley N° 27775 el 7 de julio de 2002, que estableció el proceso mediante el cual se ejecutan las sentencias de tribunales internacionales.³⁴ Asimismo, se promulgó el 28 de mayo de 2004 el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo V del Título Preliminar establece que:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Mientras que el artículo 115° del mismo Código señala que:

“Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por los tribunales supranacionales”.

De esta manera, el Perú cuenta, de manera única entre los Estados miembros de la OEA, con un marco normativo que crea una importante interrelación entre la Corte IDH y el ordenamiento jurídico interno. Esta interrelación se ha construido, principalmente, basándose en la lucha contra la impunidad, puesto que varios de los casos sentenciados por la Corte Interamericana, en los que Perú ha sido parte, se sustentan en el deber de prevenir, investigar y sancionar hechos ocurridos durante el conflicto armado desarrollado en el Perú entre 1980 y 2000.³⁵ En ese sentido, la Corte Interamericana fue uno de los actores

34 Dicha norma establece en su artículo 2.a: “La sentencia emitida por el Tribunal Internacional será transcrita por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente de la Corte Suprema, quien la remitirá a la Sala en que se agotó la jurisdicción interna, disponiendo su ejecución por el Juez Especializado o Mixto que conoció el proceso previo. En el caso de no existir proceso interno previo, dispondrá que el Juez Especializado o Mixto competente conozca de la ejecución de la resolución”.

35 Por ejemplo, Corte IDH. Caso *Castillo Páez vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C, N° 24; Corte IDH. Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, N° 68; Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, N° 52; Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, N° 75; Corte IDH. Caso de *los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, N° 110; Corte IDH. Caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, N° 160; Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, N° 162; Corte IDH. Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C, N° 167, entre otros.

relevantes en la lucha contra la impunidad y por ello, en un suplemento necesario para el proceso interno de democratización del Perú.

En ese aspecto, la Corte ha señalado que en el Perú, durante la lucha contra el terrorismo, se llevó a cabo una serie de procesos que no respetaban las garantías mínimas del debido proceso como el juez natural, la independencia e imparcialidad de los jueces y la correcta tipicidad de los crímenes por los que se acusaban a los procesados. Siendo así también se pronunció contra la jurisdicción militar, señalando que:

“Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.³⁶

Sin embargo, es en la materia de la prohibición de amnistías donde se alcanza una de las acciones más importantes en la lucha contra la impunidad. De esta manera, en la sentencia del Caso *Barrios Altos* se determinó que la amnistía otorgada por el Congreso mediante las Leyes N° 26479 y N° 26492 carecía de efectos jurídicos al ser incompatibles con la CADH. Expresamente la Corte Interamericana señaló que:

“Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto-amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.³⁷ (El subrayado es nuestro).

Las consecuencias de esta sentencia fueron de suma importancia para el Perú. Ello se debe a que en la sentencia de interpretación se determinó que los efectos de la sentencia del Caso *Barrios Altos* eran generales y, por tanto, aplicables a otros casos acontecidos en este Estado. Posteriormente, la Corte siguió este mismo razonamiento respecto de otras leyes de amnistía latinoamericanas, específicamente, en los casos uruguayos y brasileño, ya citados,³⁸ así como en el Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.³⁹

36 Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, N° 52, párrafo 128.

37 Corte IDH. Caso *Barrios Altos vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, N° 87, párrafo 44.

38 Ver los casos *Gelman y Gomes Lund* ya citados.

39 Ver Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, N° 154, párrafo 126.

Es importante resaltar que el impacto de las sentencias de la Corte Interamericana en el Perú ha creado este espacio de interrelación que busca la consolidación de un espacio democrático que lucha contra la impunidad. Este espacio no sólo ha venido desde el sistema internacional, sino que también ha sido un proceso que ha nacido desde la propia sociedad civil, con repercusiones en otras realidades latinoamericanas. En ese sentido, es importante resaltar la labor de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (CVR), que en su informe final señaló:

“(...) Ningún camino hacia la reconciliación será transitable si no va acompañado de un ejercicio efectivo de la justicia, tanto en lo que concierne a la reparación de los daños sufridos por las víctimas cuanto en lo relativo al justo castigo a los perpetradores y el consiguiente fin de la impunidad. No se puede construir un país éticamente sano y políticamente viable sobre los cimientos de la impunidad. A través de los casos que entrega al Ministerio Público, de la identificación de alrededor de 24 mil víctimas del conflicto armado interno y de los hallazgos de sus investigaciones en general, la CVR busca ampliar sustancialmente los argumentos para sustentar el reclamo de justicia de las víctimas y de sus organizaciones, así como de los organismos defensores de los derechos humanos y de los ciudadanos en general.”⁴⁰ (El subrayado es nuestro)

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que la interrelación entre el derecho nacional e internacional tiene como finalidad garantizar los derechos de las personas y que la impunidad no prospere. En ese sentido, este Tribunal ha señalado que:

“No se puede asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa, sino una solución integradora y de construcción jurisprudencial en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho constitucional nacional. Del mismo modo, bajo este principio de integración los tribunales nacionales deben reconocer la validez jurídica de aquellos hechos que han sido propuestos, analizados y probados ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos, lo que no exime de la facultad y el deber de los tribunales nacionales de realizar las investigaciones judiciales correspondientes, porque de lo que se trata, finalmente, es de garantizar el respeto pleno de la persona, su dignidad y sus derechos humanos, en el marco del orden jurídico nacional e internacional del que el Perú es parte.”⁴¹ (El subrayado es nuestro)

40 Comisión de la Verdad y Reconciliación. *Informe final*. Lima: CVR, 2003. Tomo VIII: Conclusiones Generales, p. 344.

41 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente N° 679-2005-PA/TC del 2 de marzo de 2007, párrafo 56.

La Corte Interamericana ha contribuido claramente en la construcción del concepto de lucha contra la impunidad como elemento definitorio de un sistema verdaderamente democrático de gobierno. Esta relación se ha fundado en uno de los principios esenciales del Sistema Interamericano que es garantizar una sociedad democrática, entendiendo que para ello un Estado debe respetar los derechos de todos aquellos que se encuentran en su jurisdicción, lo que involucra, necesariamente, la sanción de las violaciones de los derechos humanos.

5. Conclusiones

La jurisprudencia de la Corte Interamericana brinda elementos importantes para la comprensión del buen gobierno. En este sentido, la lucha contra la impunidad forma parte del andamiaje tanto del concepto de democracia representativa, propio del Sistema interamericano, así como del *accountability*, característica fundamental del *good governance*.

De la lectura de la jurisprudencia de la Corte, se deriva que la democracia representativa es la forma de estructura gubernamental ideal para la protección de los derechos humanos. No obstante, que un régimen sea democrático no implica *per se* que ya se haya logrado tal finalidad última. Por ello, es necesaria siempre la reactualización de las instituciones democráticas a partir de la lectura que haga la Corte respecto de los instrumentos interamericanos relativos a los derechos humanos. En consecuencia, los derechos humanos constituyen verdaderos signos de identidad tanto de la democracia como del buen gobierno en el sentido interamericano.

TERCERA PARTE

BUEN GOBIERNO, TRANSPARENCIA Y POLÍTICAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

TRANSPARENCY AND OPACITY IN THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION

*Radha Ivory**

1. Introduction

In discussions of international development, at least two truths would seem to be self-evident: the first is that corruption undermines good governance and the second is that transparency can help reduce corruption. States are under pressure to prevent and suppress this form of misconduct by ensuring that they are more open and that they require more openness of private actors. It is not always clear just how much openness they should require of whom and when – after all, privacy, confidentiality, security, and efficiency are also important protected interests – but the value of transparency is seldom itself in question. No wonder, then, that Peru's ranking on the Transparency International (TI) Corruption Perceptions Index was an important topic for my panel in Lima on good governance, transparency, and anti-corruption policies.

To say something meaningful about the role of transparency in controlling corruption, however, I need to identify a field of study, a level of analysis, and a goal working at that level. A general discussion of transparency in anti-corruption efforts would exceed the scope of this chapter. Hence, my focus is the 'legal' and the 'macro' levels.¹ I explore how transparency is reflected in binding international treaties and instruments on corruption, in particular, the United Nations Convention against Corruption (UNCAC).²

I argue that transparency – the conduct of 'government according to fixed and published rules, on the basis of information and procedures that are accessible to the public (...)'³ – is a prominent principle and regulatory strategy in the UNCAC; however, that treaty's transparency provisions are, at points, unclear and capable of generating further uncertainty. I counsel national law- and policy-makers to be aware of these potential problems. They should compensate for them by reference to the goal of improving governance, this as a

* Lecturer in Law, University of Queensland, Australia. Senior Consultant, Compliance and Collective Action, Basel Institute on Governance, Switzerland.

1 G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*. SIM Special N° 34. Utrecht: Utrecht University, 2010, p. 23.

2 2003 United Nations Convention against Corruption, 2349 *United Nations Treaty Series*, p. 41.

3 C. Hood. "Transparency", in: P.B. Clark and J. Foweraker (Eds). *Encyclopedia of Democratic Thought*. London, 2001, p. 701; cited in C. Hood. "Transparency in Historical Perspective", in: C. Hood and D. Heald (Eds). *Transparency: The Key to Better Governance?*. Oxford, 2006, p. 5.

means of improving human well-being.

The argument has four parts. Section 2 concerns the definitions of transparency and corruption as linked through the concept of good governance. Section 3 introduces the international treaties and soft laws on corruption, along with the UNCAC's transparency provisions. Section 4 then illustrates the UNCAC's opacity, whilst Section 5 asks whether opacity in the UNCAC is indeed a problem – or a mere feature of this international attempt to regulate corruption.

2. Concepts and relationships: corruption, transparency, and (good) governance

What are 'corruption', 'transparency', and 'good governance'? Defining these concepts and describing their relationships is complicated by the fact that none has a universally agreed meaning, which is shared between academic disciplines and political actors or communities.

2.1. Corruption

Common usage of 'corruption' emphasises the characteristics of decay, spoilage, or decomposition in a moral or physical sense, as well as breaches of public duties through acts of bribery.⁴ Klitgaard, a political economist, famously expressed corruption with the formula 'corruption = monopoly + discretion – accountability'.⁵ For international policy-makers, governmental and non-governmental, corruption is commonly the abuse of entrusted power or public office for private gain.⁶

I will use this as my working definition here, though I will focus on corruption in the public sector. I also note that legal definitions may differ between and within states and

4 R. Ivory. *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human Rights of Bad Guys*. Cambridge, 2014 (forthcoming), Chapter 2; C. Nicholls, et al. *Corruption and the Misuse of Public Office*, Oxford, 2011, para. 1.01–1.02. See, e.g., J. Simpson and E. Weiner (Eds). *Oxford English Dictionary*, Oxford, 1989, corrupt, v. paras. 1–3, corruption n., para. 6. See also I. Androulakis. *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung: Eine Untersuchung zur Entstehung, zum Inhalt und zu den Auswirkungen des internationalen Korruptionsstrafrechts unter Berücksichtigung der sozialökonomischen Hintergründe*, Baden-Baden, 2007, pp. 32–38; International Council on Human Rights Policy (ICHRP) and TI. *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, 2009, <<http://www.ichrp.org/en/projects/131>> (last visited 8 February 2013), p. 15.

5 R. Klitgaard. *Controlling Corruption*. Berkeley, 1988, p. 75, also cited in ICHRP and TI. *Making the Connection*, p. 16.

6 World Bank Group. *Helping Countries Combat Corruption: Poverty Reduction and Economic Management*. September 1997. <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/coridx.htm>> (last visited 10 February 2013), p. 8 ('the abuse of public office for private gain'); Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: *Fighting Corruption in the EU*, COM(2011) 308 final, 6 June 2011, N° 1 ('abuse of power for private gain'); Transparency International (TI), *The Anti-Corruption Plain Language Guide*, 2009, <http://www.transparency.org/whatwedo/pub/the_anti_corruption_plain_language_guide> (last visited 10 February 2013), p. 14 ('The abuse of entrusted power for private gain'); International Chamber of Commerce (ICC). *Anti-Corruption: Corruption Explained*. <<http://www.iccwbo.org/advocacy-codes-and-rules/areas-of-work/corporate-responsibility-and-anti-corruption/corruption-explained/>> (last visited 10 February 2013) ('the abuse of entrusted power for private financial or non-financial gain'). See also M. Boersma. *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime Under International Law?*. Cambridge, 2012, pp. 27–28.

international legal instruments – to the extent these use corruption as a term of art at all.⁷ As I discuss in Section 3.1., only a few international treaties define the term corruption, although several require states to criminalise (or to consider criminalising) abuses of power or office for reward.⁸ These offences are not generally regarded as core international crimes.⁹ And, whilst corruption is increasingly thought to threaten human rights,¹⁰ there is no express entitlement to a corruption-free society in international human rights treaties and doubtfully one in customary international law.¹¹

2.2. Transparency

Ironically, the concept of transparency is also unclear.¹² In plain English, transparency is simply '[t]he quality or condition of being transparent; (...)', i.e., a 'property of transmitting light, so as to render bodies lying beyond completely visible; can be seen through; diaphanous'.¹³ In academic discourse, transparency has been equated with openness (in government) and contrasted to secrecy;¹⁴ Florini's pithy definition is of 'willful disclosure: regulation through revelation'.¹⁵ More fulsome is the one I favour, which was proposed by Hood:

7 Androulakis. *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, pp. 35–36; Boersma. *Corruption as Violation and Crime?*, p. 26; Ivory. *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 2.

8 See also ICHRP and TI, *Making the Connection*, p. 16.

9 For a recent summary of the issues and literature, see Boersma. *Corruption as Violation and Crime?*, pp. 7–8, 367–374.

10 I.e., those 'internationally guaranteed legal entitlements of individuals vis-à-vis the state, which serve to protect fundamental characteristics of the human person and his or her dignity in peacetime and in times of armed conflict': W. Kälin and J. Künzli. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford, 2010, p. 32. On the relationship between corruption and human rights, see, e.g., J. Bacio Terracino. "Linking Corruption and Human Rights", in: 2010 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* Vol. 104; Boersma. *Corruption as Violation and Crime?*, pp. 202–268; J.T. Gathii. "Defining the Relationship between Human Rights and Corruption", in: 2009 *University of Pennsylvania Journal of International Law* Vol. 31; Human Rights Council (HRC). *Comprehensive study on the negative impact of the nonrepatriation of funds of illicit origin to the countries of origin on the enjoyment of human rights, in particular economic, social and cultural rights*. UN Doc. A/HRC/19/42, 14 December 2011, Ch. III; ICHRP/TI. *Making the Connection*, pp. 1–10, 23–83; J. Ngugi. "Making the Link between Corruption and Human Rights: Promises and Perils", in: 2010 *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* Vol. 104.

11 Ivory. *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 6. Cf. N. Kofele-Kale. "The Right to a Corruption Free Society", in: 2000 *International Lawyer* Vol. 34. See also Boersma. *Corruption as Violation and Crime?*, pp. 2, 264–267; ICHRP and TI, *Making the Connection*, p. 3.

12 R. Vaughn. "Transparency in the Administration of Laws: The Relationship Between Differing Justifications for Transparency and Differing Views of Administrative Law", in: 2011 *American University International Law Review* Vol. 26, p. 969.

13 Simpson and Weiner, *Oxford English Dictionary*, transparency, n., transparent, adj. (and n.), both at para. 1(a).

14 G.H. Addink et al. (Eds.). *Human Rights and Good Governance*, p. 54; Florini. "The End of Secrecy", in: 1998 *Foreign Policy* No. 111, p. 50; A. Peters, "Transparency, Secrecy, and Security: Liaisons Dangereuses", in: J. Iliopoulos-Strangas, O. Diggelmann, and H. Bauer (Eds.). *Rule of Law, Freedom and Security in Europe*. Baden-Baden, 2010, p. 185; J. Stiglitz. "On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life", Oxford, 1999, <<http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/oxford-amnesty.pdf>> (last visited 8 February 2013). Cf. P. Birkinshaw. "Freedom of Information and Openness: Fundamental Human Rights?", in: 2006 *Administrative Law Review* Vol. 58, p. 189.

15 Florini. "The End of Secrecy", pp. 51–53.

‘In perhaps its commonest usage, transparency denotes government according to fixed and published rules, on the basis of information and procedures that are accessible to the public, and (in some usages) within clearly demarcated fields of activity (...)’¹⁶

A similar concept was developed by the UN Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (UNESCAP) but not limited to governmental action.¹⁷ For TI transparency covers a wider range of actors and data still: it is the ‘[c]haracteristic of governments, companies, organisations and individuals of being open in the clear disclosure of information, rules, plans, processes and actions’.¹⁸

In all of these definitions, transparency is not ‘a legal term of art’¹⁹ but a legal or political principle that may be expressed in specific legal entitlements. According to Vaughn, ‘[t]he examples principally come from freedom of information and open meeting laws, whistleblower protection, public financial disclosure, and other governmental ethics regulations’.²⁰ Transparency is, moreover, reflected in fundamental freedoms of thought, expression, assembly, and association; rights to a fair trial; and guarantees of legality in domestic and international law.²¹ Indeed, in *Claude-Reyes et al. v. Chile*, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) interpreted the freedom of thought and expression in Article 13 of the American Convention on Human Rights (ACHR) as a positive right of individuals to request and receive access to ‘State-held information’.²² As the IACtHR implied,²³ transparency is closely tied to the principles of participation, accountability, and effectiveness in democracy: people need information to formulate their preferences, express informed opinions, and influence decision-making; decision-makers need to be

16 N. 3.

17 UNESCAP, What is Good Governance?, <<http://www.unescap.org/pdd/prs/projectactivities/ongoing/gg/governance.asp>> (last visited 29 January 2013) (‘Transparency means that decisions taken and their enforcement are done in a manner that follows rules and regulations. It also means that information is freely available and directly accessible to those who will be affected by such decisions and their enforcement. It also means that enough information is provided and that it is provided in easily understandable forms and media’), also cited in Peters, ‘Transparency, Secrecy, and Security’, p. 185.

18 TI, Plain Language Guide, p. 44, also cited in ICHRP and TI, *Integrating Human Rights in the Anti-Corruption Agenda: Challenges, Possibilities and Opportunities*, Geneva, 2010, <<http://www.ichrp.org/en/projects/131>> (last visited 12 January 2013), p. 19.

19 Peters, ‘Transparency, Secrecy, and Security’, p. 185.

20 Vaughn, ‘Transparency in Administration’, p. 970.

21 See, e.g., 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, 999 *United Nations Treaty Series* p. 171 (ICCPR), Arts. 14(1), 15, 18–19, 21–22; 1969 American Convention on Human Rights, 1144 *United Nations Treaty Series* p. 143 (ACHR), Articles. 8, 9, 12–13, 15–16; 1993 Political Constitution of Peru, Articles. 2, 35, 61, 97. See further: Birkinshaw, ‘FOI and Openness’, pp. 183–186; ICHRP and TI, *Making the Connection*, pp. 11–12; *Integrating Human Rights*, pp. 16–18; Peters, ‘Transparency, Secrecy, and Security’, p. 188; Vaughn, ‘Transparency in Administration’, p. 976.

22 *Case of Claude-Reyes et al. v. Chile. The Inter-American Court of Human Rights*, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of 19 September 2006, Series C, No 151, para. 77, discussed in ICHRP and TI, *Making the Connection*, pp. 11–12; *Integrating Human Rights*, pp. 16–18; Vaughn, ‘Transparency in Administration’, p. 976. See also Human Rights Committee, General Comment No 34, 12 September 2011, UN Doc. CCPR/C/GC/34, discussed further below.

23 *Claude-Reyes et al.*, 19 September 2006, Series C No. 151, paras. 79–80, 84–87.

under obligations to justify and explain the conduct to which that information relates.²⁴

Transparency is not, however, an absolute right or an uncontested good in public (international) law. Even transparency's advocates recognise that secrecy may exceptionally be necessary to protect community or personal safety, individual privacy, and commercial confidentiality, amongst other things.²⁵ Transparency critics also point to the opportunity and information costs of disclosures,²⁶ as well as the fact that disclosures may be manipulated to avoid real openness.²⁷ A related concern is that transparency actually accommodates different – even conflicting – notions of (appropriate) disclosure and (good) administration:²⁸ one person's or organisation's idea of transparency may not match another's.

2.3. (Good) governance

Underlying contemporary concerns with both transparency and corruption are particular understandings of governance.²⁹ An import from the Old French into English, governance ordinarily denotes the fact or features of control, for example, '[t]he action or manner of governing'; '[c]ontrolling, directing, or regulating influence; control, sway, mastery'; '[t]he manner in which something is governed or regulated'.³⁰ As it has come to be used, governance is, broadly, 'the means by which an activity or ensemble of activities is controlled or directed, such that it delivers an acceptable range of outcomes according to some established standard'.³¹ This concept of governance has been particularly prominent in international efforts to improve development,³² very simply put, 'the satisfaction of human needs and aspirations'.³³

24 G.H. Addink et al. (Eds.), *Human Rights and Good Governance*, pp. 54, 56, 98–100; General Comment N° 34, CCPR/C/GC/34, para. 3; ICHRP and TI, Integrating Human Rights, pp. 2, 8, 19, 26.

25 Birkinshaw, 'FOI and Openness', pp. 193, 213; Peters, 'Transparency, Secrecy, and Security', pp. 194–195; A. Roberts, 'National Security and Open Government', 2004 *The Georgetown Public Policy Review* Vol. 9, pp. 71–73; Stiglitz, 'The Role of Transparency in Public Life', pp. 18–25.

26 These and other criticisms of transparency are summarised in Birkinshaw, 'FOI and Openness', pp. 191–192; Florini, 'The End of Secrecy', p. 51; Stiglitz, 'The Role of Transparency in Public Life', pp. 18–25; Vaughn, 'Transparency in Administration', pp. 973, 975.

27 O. O'Neill, 'Transparency and the Ethics of Communication', in C. Hood and D. Heald (Eds.), *Transparency: The Key to Better Governance?*, Oxford, 2006, pp. 81, 88; Vaughn, 'Transparency in Administration', p. 975.

28 Hood, 'Transparency in Historical Perspective', pp. 11, 19; Vaughn, 'Transparency in Administration', pp. 978–982.

29 S. Sampson, 'Diagnostics: Indicators and Transparency in the Anti-Corruption Industry', in S.A. Jansen, E. Schröter, and N. Stehr (eds.), *Transparenz: Multidisziplinäre Durchsichten durch Phänomene und Theorien des Undurchsichtigen*, Wiesbaden, 2010, p. 103.

30 Simpson and Weiner, *Oxford English Dictionary*, governance, n., paras. 1(a)–(b), 3.

31 P. Hirst, 'Democracy and Governance', in J. Pierre (ed.), *Debating Governance: Authority, Steering and Democracy*, Oxford, 2000, cited in Economic and Social Council (ESC), Definition of basic concepts and terminologies in governance and public administration, Note by the Secretariat, UN Doc. E/C.16/2006/4, 5 January 2006, para. 9.

32 V. Chhotray and G. Stoker, *Governance Theory and Practice: A Cross-Disciplinary Approach*, Houndsmill, 2009, p. 97.

33 Secretary General, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, UN Doc. A/42/427, 4 August 1987, Annex, Ch. 2, para. 4. For another general definition of development, see General Assembly (GA), Res. 41/128, Declaration on the Right to Development, UN Doc. A/RES/41/128, 4 December 1986, Preamble. For an overview of the concepts of 'human' and 'sustainable development', see United Nations Development Programme (UNDP), Human Development Report 2011, Sustainability and Equity: A Better Future for All, New York, 2011, <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2011_EN_Complete.pdf> (last visited 13 February 2013), pp. 1, 13–19.

Yet the role of governance in development is not uncontested.³⁴ For one thing, definitions of governance differ between international institutions with development objectives; they have also changed over time.³⁵ As Kaufmann, Kraay, and Mastruzzi explain in introducing the Worldwide Governance Indicators, the World Bank defined governance in 1992 as ‘the manner in which power is exercised in the management of a country’s economic and social resources for development’; it adopted a broader definition in its 2002 World Development Report, only to return to the narrower meaning in a 2007 strategy paper on corruption.³⁶ The authors’ own definition of governance is:

‘[T]he traditions and institutions by which authority in a country is exercised. This includes (a) the process by which governments are selected, monitored and replaced; (b) the capacity of the government to effectively formulate and implement sound policies; and (c) the respect of citizens and the state for the institutions that govern economic and social interactions among them.’³⁷

‘Voice and Accountability, Political Stability and Absence of Violence/Terrorism, Government Effectiveness, Regulatory Quality, Rule of Law, and Control of Corruption’ are their six dimensions of governance.³⁸

Other international organisations have defined good governance in ways that emphasise the qualities of decision-making processes and their outcomes, particularly, the need for participatory and sustainable development and respect for human rights.³⁹ Legal academics have likewise seen good governance as encompassing the use of governmental powers in certain ways to certain ends. For Addink and colleagues,

34 Chhotray and Stoker, pp. 97, 107–119.

35 Chhotray and Stoker, pp. 102–107. See also Basic concepts and terminologies, E/C.16/2006/4, para. 3.

36 World Bank, *Governance and Development*, Washington, DC, 1992; *Building Institutions for Markets*, Washington, DC, 2002; *Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*, Washington, DC, 2007, all cited in D. Kaufmann, A. Kraay, and M. Mastruzzi, ‘The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues’, 2011 *Hague Journal on the Rule of Law* Vol. 3, p. 222. See also D. Kaufmann and A. Kraay, *Governance Indicators: Where Are We, Where Should We Be Going?*, 2008 World Bank Policy Research Working Paper No. 4370, <<http://ssrn.com/abstract=1019685>> (last accessed 1 February 2013), pp. 5–6.

37 Kaufmann, Kraay, and Mastruzzi, ‘Worldwide Governance Indicators’, p. 222. See also Kaufmann and Kraay, ‘Governance Indicators’, p. 6. Cf. World Bank, *Governance: The World Bank’s Experience*, Washington, DC, 1994, p. xiv.

38 Kaufmann, Kraay, and Mastruzzi, ‘Worldwide Governance Indicators’, p. 223.

39 See, e.g., HRC, Resolution 7/11, Role of good governance in the protection and promotion of human rights, Preamble, in Report of the Human Rights Council on its 7th Session, UN Doc. A/HRC/7/78, 14 July 2008, p. 31; Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Participatory Development and Good Governance, Development Co-operation Guideline Series*, Paris, 1995, <www.oecd.org/dataoecd/27/13/31857685.pdf> (last visited 18 February 2013), p. 14; UNDP, *Governance for Sustainable Human Development: A UNDP Policy Document*, January 1997, <<http://mirror.undp.org/magnet/policy/>> (last visited 14 February 2013); UNESCAP, ‘What is Good Governance’, <<http://www.unescap.org/pdd/prs/projectactivities/ongoing/gg/governance.asp>> (last visited 29 January 2013). See further World Bank Group, *Governance in the Middle East and North Africa: What is Governance?*, <<http://go.worldbank.org/G2CHLXX0Q0>> (last visited 1 February 2013); *The World Bank’s Experience*, p. xiv.

‘Good Governance is the proper use of the government’s powers in a transparent and participative way, but it is more. In essence it concerns the fulfillment of three elementary tasks of government: to guarantee the security of persons and society, to manage an effective and accountable framework for the public sector, and to promote the economic and social aims of the country in accordance with the wishes of the population.’⁴⁰

A ‘meta-concept’, Addink’s ‘Good Governance’ links together the general principles of ‘properness, transparency, participation, effectiveness, accountability and (economic, social and cultural) human rights.’⁴¹ It is this definition that framed the discussion at our conference in Lima, and it is this definition that I will use here.

2.4. Connecting corruption, transparency, and good governance

The conceptual relationship between corruption, transparency, and good governance is thus as follows: broadly, corruption is seen to weaken ‘good’ and manifest ‘bad’ governance because it makes it less likely that public decision-makers will act in the public interest with the public’s input. This, in turn, decreases the likelihood that their decisions, especially about the use of resources, will actually achieve the community’s objectives, especially those associated with development.⁴² Corruption also discourages citizens from trusting government.⁴³ Transparency, in turn, is seen as a means of preventing and suppressing corruption.⁴⁴ For, when the rules of governmental decision-making are clear and information about particular decisions is accessible, there are fewer opportunities and incentives for officials to use their public powers or positions for private gain – and more opportunities for members of the public and official overseers to detect transgressions.⁴⁵

3. Transparency in the international legal framework against corruption, particularly the UNCAC

The close connection between corruption, transparency, and good governance is reflected

40 Addink et al., Sourcebook, p. 19. See also G.H. Addink, ‘Three Legal Dimensions of Good Governance. Some Recent Developments’, in this volume.

41 Addink et al., Sourcebook, pp. 14, 23.

42 C.R. Kumar, *Corruption and Human Rights in India: Comparative Perspectives on Transparency and Good Governance*, Delhi, 2011, p. 55.

43 Boersma, *Corruption as Violation and Crime?*, p. 41.

44 See, e.g., OECD, Participatory Development, p. 19; UNDP, Corruption and Good Governance, Discussion Paper No. 3, New York, 1997, <http://mirror.undp.org/magnet/docs/efa/corruption3/o_UN-07bintro.pdf> (last visited 14 February 2013), p. 51; World Bank, The World Bank’s Experience, pp. 16, 30–31; Strengthening Governance, p. 7. See also ICHRP and TI, Making the Connection, pp. 11–14; *Case of Ricardo Canese v. Paraguay*, Judgment of 31 August 2004, Merits, Reparations, and Costs, Series C No. 111, paras. 72, 75–94, discussed in Boersma, *Corruption as Violation and Crime?*, p. 191.

45 ICHRP and TI, Integrating Human Rights, pp. 19, 38–39; Peters, ‘Transparency, Secrecy, and Security’, pp. 192–194. See also Birkinshaw, ‘FOI and Openness’, pp. 193–195, 214–215; Stiglitz, ‘The Role of Transparency in Public Life’, p. 15.

in what Bacio Terracino has called ‘the international legal framework against corruption’.⁴⁶ That web of instruments resulted, in part, from the disclosure of information about political corruption. The most recent and extensive anti-corruption treaty, the UNCAC, prescribes qualified transparency for national anti-corruption laws and policies.

3.1. The international legal framework against corruption

What is the international legal framework against corruption? At its core are thirteen treaties and one supranational legislative instrument on bribery, corruption, and fraud.⁴⁷ What I have called the ‘anti-corruption treaties’,⁴⁸ were concluded in rapid succession among member states of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and UN, and regional organisations in Europe, Africa, and the Americas during the 1990s and the first decade of this century.⁴⁹ As a rule, they do not define corruption in the abstract;⁵⁰ rather, they encourage or require their state parties to criminalise various abuses of power or office for private gain, along with behaviours that enable offenders to enjoy the benefits of their crimes and/or inhibit law enforcement.⁵¹ They foresee, for

46 J. Bacio Terracino, *The International Legal Framework against Corruption: States’ Obligations to Prevent and Repress Corruption*, Cambridge, 2012, pp. 4, 47.

47 Convention drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on the protection of the European Communities’ financial interests, OJ 1995 No. C316, 27 November 1995, p. 49 (EUCPFI); 1996 Inter-American Convention against Corruption, *International Legal Materials*, 1996, p. 724 (IACAC); Council Act of 26 May 1997 drawing up, on the basis of Article K.3 (2)(c) of the Treaty on European Union, the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union, OJ 1997 No. C195, 25 June 1997, p. 2 (EUOCC); Protocol drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union to the Convention on the protection of the European Communities’ financial interests – Statements made by Member States on the adoption of the Act drawing up the Protocol, OJ 1996 No. C313, 23 October 1996, pp. 2 (EUCPFI-P1); Second Protocol, drawn up on the basis of Article K.3 of the treaty on European Union, to the Convention on the protection of the European Communities’ financial interests – Joint Declaration on Article 13 (2) – Commission Declaration on Article 7, OJ 1997 No. C221, 19 July 1997, p. 12 (EUCPFI-P2); 1997 Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, *International Legal Materials*, 1998, p. 1 (OECD-ABC); 1999 Criminal Law Convention on Corruption, 2216 *United Nations Treaty Series* p. 225; 1999 Civil Law Convention on Corruption, 2246 *United Nations Treaty Series* p. 3 (COECivCC); 2000 United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2225 *United Nations Treaty Series* p. 209 (UNTOC); 2001 Protocol Against Corruption to the Treaty of the Southern African Development Community, <<http://www.sadc.int/documents-publications/show/795>> (last visited 10 February 2013) (SADC-PAC); 2001 Protocol on the Fight Against Corruption to the Treaty on the Economic Community of West African States, reprinted in United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), *Compendium of International Legal Instruments on Corruption*, New York, 2005, <<http://www.unodc.org/documents/corruption/corruption-compendium-en.pdf>> (last visited 22 December 2012), p. 211 (ECOWAS-PAC); 2003 Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption, 2466 *United Nations Treaty Series* p. 168 (COECrimCC-AP); 2003 African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, *International Legal Materials*, 2004, p. 1 (AUCPCC); Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, OJ 2003 No. L192, 31 July 2003, p. 54 (EU Dec. 2003/568/JHA); UNCAC.

48 Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Chs. 1 and 2. This definition excludes the COECivCC, which is concerned with the civil law responses to corruption, and the ECOWAS-PAC, which has not yet entered into force. See also Bacio Terracino, *The International Legal Framework against Corruption*, p. 3.

49 Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 1. See further Androulakis, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, pp. 219–240, 251–352; D. Luban, J. O’Sullivan, and D. Stewart, *International and Transnational Criminal Law*, New York, 2010, pp. 622–623, 649–662; A. Posadas, ‘Combating Corruption under International Law’, 2000 *Duke Journal of Comparative and International Law* Vol. 10, pp. 345–398; G. Stessens, ‘The International Fight against Corruption’, 2001 *International Review of Penal Law* Vol. 72, pp. 896–900.

50 The exceptions are the EUCPFI-P1, Arts. 2(1), 3(1); EUOCC, Arts. 2(1), 3(1); SADC-PAC, Art. 1. See also COECivCC, Art. 2.

51 On the concept of ‘corruption’ in the anti-corruption treaties, see Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Chs. 2 and 3. Cf. Bacio Terracino, *The International Legal Framework*, 2012, pp. 18–21; Boersma, *Corruption as Violation and Crime?*, pp. 33–36; ICHRP and TI, *Making the Connection*, pp. 16–18.

example,⁵² the offences of bribery of domestic and foreign public officials,⁵³ the diversion of public assets,⁵⁴ illicit enrichment,⁵⁵ the concealment of property and money laundering,⁵⁶ and the obstruction of justice.⁵⁷ Under many of the treaties, state parties are also required to prevent corruption, cooperate with respect to the suppression of convention offences, and monitor the treaties' implementation into domestic law, amongst other things.⁵⁸ The binding anti-corruption treaties overlap with and are complemented by 'soft' instruments on corruption among states and international organisations.⁵⁹

Aside from the UNCAC, Peru is a party to the Inter-American Convention against Corruption (IACAC) and the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC). It has been assessed three times by the Follow-up Mechanism for the Implementation of the IACAC (MESICIC) and is one of the first countries to be assessed by the Mechanism for the Review of Implementation of the UNCAC.⁶⁰

3.2. Transparency as an impetus for international anti-corruption regulation

This international normative framework was, in several respects, a response to the disclosure of information about corruption.⁶¹ During the 1970s and 1980s, scandals involving secret relationships between lawmakers, companies, and, in some countries, criminal organisations

52 See further Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 3.

53 See, e.g., IACAC, Arts. VI(1)(a)–(b) and VIII; OECD-ABC, Art. 1(1); UNCAC, Arts. 15–16.

54 See, e.g., IACAC, Art. XI(1)(d); UNCAC, Art. 17.

55 See, e.g., IACAC, Art. IX; UNCAC, Art. 20. Cf. Boersma, *Corruption as Violation and Crime?*, p. 38 (arguing that illicit enrichment is not a corruption offense but a criminalised consequence of corruption). See also Bacio Terracino, *The International Legal Framework*, 2012, p. 115; Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 3.

56 See, e.g., IACAC, Art. VI(1)(d); OECD-ABC, Art. 7; UNCAC, Art. 23.

57 See, e.g., UNCAC, Art. 25.

58 Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 2; C. Nicholls et al., *Corruption and the Misuse of Public Office*, Oxford, 2006, para. 9.04.

59 See, e.g., GA Res. 3514 (XXX), Measures against corrupt practices of transnational and other corporations their intermediaries and others involved, UN Doc. A/RES/3514(XXX), 15 December 1975; Council of Europe (COE) Committee of Ministers, Res. 97(24) on twenty guiding principles for the fight against corruption, 6 November 1997; OECD, Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, C(2009)159/REV1/FINAL, 26 November 2009, as amended by C(2010)19, 18 February 2010; Asian Development Bank (ADB)/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia-Pacific, Supporting the Fight Against Corruption in Asia and the Pacific: The ADB/OECD Initiative, <<http://www.oecd.org/corruption/asiapacific>> (last visited 10 February 2013); UNDP, UNDP Global Thematic Programme on Anti-Corruption for Development Effectiveness (PADCDE) 2008–2011, <http://content.undp.org/go/cms-service/stream/asset/?asset_id=2431573> (last visited accessed 10 February 2013); World Bank Group, Strengthening Governance: Tackling Corruption, The World Bank Group's Updated Strategy and Implementation Plan, No. 67441, 6 March 2012, <<http://siteresources.worldbank.org/PUBLICSECTORANDGOVERNANCE/Resources/285741-1326816182754/GACStrategyImplementationPlan.pdf>> (last visited 4 February 2013). See further Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Chs. 1 and 2.

60 See further UNODC, Country Profiles, Peru, <<http://www.unodc.org/unodc/treaties/CAC/country-profile/profiles/PER.html>> (last visited 15 February 2013); Organization of American States (OAS) Secretariat for Legal Affairs, Country Developments, <<http://www.oas.org/juridico/english/per.htm>> (last visited 15 February 2013).

61 For a survey of the factors leading to the conclusion of the anti-corruption treaties, see, e.g., Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 1.

raised public awareness of corruption in the ‘First’ and ‘Third’ worlds.⁶² The findings of the Watergate investigation were, in fact, crucial in persuading US federal legislators to draft and pass the Foreign Corrupt Practices Act,⁶³ which was the first domestic law to criminalise the bribery of foreign public officials.⁶⁴

Almost a decade-and-a-half later, the end of the Cold War exposed high levels of corruption within collapsed socialist regimes and created more opportunities for illicit gain.⁶⁵ In the meantime, new research on the political economy of development had undermined the classic depiction of corruption as a ‘second best solution’ to efficiency.⁶⁶ Concerns with the negative effects of corruption on governance in transitional and developing states were taken up by organisations, such as the World Bank.⁶⁷ Non-governmental organisations (NGOs) had meanwhile developed their own anti-corruption standards and strategies.⁶⁸ TI has made a particular – if controversial⁶⁹ – contribution to international anti-corruption standard-setting through its campaigns, indices, surveys, and other research.⁷⁰ More recently, the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI), to which Peru belongs, has sought to verify and reconcile payments and receipts as disclosed by companies and governments.⁷¹

3.3. Transparency as a principle and regulatory strategy in the UNCAC

The anti-corruption treaties foresee transparency as a principle and regulatory strategy for controlling corruption. In the UNCAC, the word ‘transparency’ appears repeatedly in the

62 Androulakis, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, pp. 221–224; D. Della Porta, ‘The Vicious Circles of Corruption in Italy’, in D. Della Porta and Y. Mény (eds.), *Democracy and Corruption in Europe*, London, pp. 35–49; D. Della Porta and Y. Mény, ‘Introduction: Democracy and Corruption’, in D. Della Porta and Y. Mény (eds.), *Democracy and Corruption in Europe*, London, 1997, pp. 2–6; P. Glynn, S. Kobrin, and M. Naim, ‘The Globalization of Corruption’, in K. Elliot (ed.) *Corruption and the Global Economy*, Washington, DC, 1997, <http://www.iie.com/publications/chapters_preview/12/1iie2334.pdf> (last visited 12 February 2013), pp. 9–10.

63 15 USC §§ 78dd-1. See further Androulakis, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, pp. 122–128, 135–150; Posadas, ‘Combating Corruption’, p. 348–359.

64 Androulakis, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, pp. 149–150.

65 Androulakis, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, pp. 229–230; Glynn, Kobrin, and Naim, ‘The Globalization of Corruption’, pp. 9–10; N. Lash, ‘Corruption and Economic Development’, 2004 *Journal of Economic Asymmetries* Vol. 1, p. 85.

66 Lash, ‘Corruption and Development’, pp. 87–92. See also Androulakis, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, pp. 228–230; Klitgaard, *Controlling Corruption*, pp. 30–48.

67 Androulakis, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, pp. 245–227; C. Pancotto Bohrer Munhoz, ‘Corruption in the Eyes of the World Bank: Implications for the Institution’s Policies and Developing Countries’, 2008 *Penn State International Law Review* Vol. 26, pp. 698–701; P. Tamesis, ‘Different Perspectives of International Development Organisations in the Fight Against Corruption’, in S. Kpundeh (ed.), *Corruption and Integrity Improvement in Developing Countries*, New York, 1998, <<http://mirror.undp.org/magnet/Docs/efa/corruption.htm>> (last visited 14 February 2013).

68 ICC, Commission on Ethical Practices, ‘International Chamber of Commerce, Extortion and Bribery in International Business Transactions, 1996 Revisions to the ICC Rules of Conduct’, *International Legal Materials* 1996, p. 1306; UN Global Compact, About Us: The Ten Principles, <<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/index.html>> (last visited 4 February 2013), Principle 10.

69 Sampson, ‘Indicators and Transparency’, pp. 107–109.

70 J. McCoy and H. Heckel, ‘The Emergence of a Global Anti-Corruption Norm’, 2001 *International Politics* Vol. 38, p. 78.

71 EITI, What is the EITI?, <<http://eiti.org/eiti>> (last visited 18 February 2013).

chapter on preventative measures (Chapter II).⁷² Other disclosure rules are embedded in the UNCAC's chapters on asset recovery and peer review (Chapters V and VII, respectively). Similar requirements can be found in the IACAC and the later Report of Buenos Aires.⁷³

3.3.1. Governmental transparency

Disclosure of governmental decisions and decision-making processes is a key aspect of Chapter II's preventative measures. State parties to the UNCAC have general duties to put in place anti-corruption policies that promote participation and reflect the principle of transparency, along with 'systems that promote transparency and prevent conflicts of interest'.⁷⁴ More specific governmental transparency duties then fall into two groups.

Articles 7 to 9 UNCAC firstly concern the transparent management of public finances and personnel. State parties are encouraged to clarify the criteria by which persons obtain (and are perform in) public office.⁷⁵ They contemplate disclosure obligations for public officials, candidatures, and political parties,⁷⁶ and the establishment of standards of conduct for the judiciary.⁷⁷ With respect to their own finances, state parties are to adopt '[p]rocedures for the adoption of the national budget [and] [t]imely reporting on revenue and expenditure (...)', as well as other 'appropriate measures to promote transparency and accountability' in public financial management.⁷⁸ The UNCAC mandates transparent procurement systems and sets forth their minimum requirements.⁷⁹

Second, under Articles 10 and 13 UNCAC, state parties are to adopt measures 'to enhance transparency in [their] public administration[s] (...)' and to encourage members of 'the public' to participate in preventing and combating corruption by sharing and obtaining information. The articles recall Vaughn's typical transparency measures, which were mentioned in Section 2.2. above:

- 'Adopting procedures or regulations allowing members of the general public to obtain, where appropriate, information on the organisation, functioning and decision-making processes of its public administration (...)';⁸⁰

72 For other express references to 'transparency' or 'openness' in the anti-corruption treaties, see AUCPCC, Preamble, Arts. 2(5), 3(3), 8(4), 10(b), 12(2); IACAC, Art. 3(5); SADC-PAC, Preamble, Art. 4(1)(b).

73 GA (of the OAS), Mechanism for the Implementation of the Inter-American Convention against Corruption, 5 June 2001, AG/RES. 1784 (XXXI-O/01), Appendix I.

74 UNCAC, Arts. 5(1), 7(4). See further Bacio Terracino, *The International Legal Framework against Corruption*, pp. 131–132.

75 UNCAC, Art. 7(1)(a), (2), 8(2). See also IACAC, Art. III(1)–(2).

76 UNCAC, Arts. 7(3)–(4), 8(5). See also IACAC, Art. III(4); UNCAC, Art. 52(5).

77 UNCAC, Art. 11. See also Bacio Terracino, *The International Legal Framework against Corruption*, pp. 153–154.

78 UNCAC, Art. 9(2). See also IACAC, Art. III(6).

79 UNCAC, Art. 9(1). See also IACAC, Art. III(5).

80 UNCAC, Art. 10(a).

- ‘Enhancing the transparency of and promoting the contribution of the public to decision-making processes’;⁸¹
- ‘Ensuring that the public has effective access to information’;⁸²
- ‘Undertaking public information activities that contribute to non-tolerance of corruption, as well as public education programmes, including school and university curricula’;⁸³
- ‘Respecting, promoting and protecting the freedom to seek, receive, publish and disseminate information concerning corruption (...);’⁸⁴ and
- Publicising and allowing access to ‘anti-corruption bodies (...) where appropriate, for the reporting, including anonymously, of any incidents that may be considered to constitute an offence established in accordance with this Convention.’⁸⁵

Provisions on the exchange of information with the public complement other provisions on the facilitation of whistle-blowing by public officials and the protection of witnesses, victims, and ‘reporting persons’.⁸⁶

3.3.2. Non-governmental transparency

Next, Chapters II and V UNCAC oblige state parties to enhance transparency within the non-state sector.⁸⁷ With respect to ‘private sector’ actors, their duties under Article 12 UNCAC cover the ‘enhance[ment of] accounting and auditing standards’ and the sanctioning of breaches of those standards.⁸⁸ In ‘[p]romoting transparency among private entities’, they are to ‘include[e], where appropriate, measures regarding the identity of legal and natural persons involved in the establishment and management of corporate entities.’⁸⁹ Financial institutions, in particular, are to be required check and disclose some information about their business partners under Articles 14 and 52 UNCAC, enhancing their scrutiny with respect to some types transactions, accounts and people.⁹⁰ To support the cooperation and asset recovery, Article 58 requires state parties to consider the establishment of financial intelligence units, which ‘collec[t], analy[se] and disseminat[e] (...)’ information about suspicious transactions.⁹¹

81 UNCAC, Art. 13(1)(a).

82 UNCAC, Art. 13(1)(b).

83 UNCAC, Art. 13(1)(c).

84 UNCAC, Art. 13(1)(d).

85 UNCAC, Art. 13(2). See also IACAC, Art. III(8).

86 UNCAC, Arts. 8(4), 32–33. See further Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 3.

87 See further Bacio Terracino, *The International Legal Framework against Corruption*, pp. 154–161.

88 UNCAC, Art. 12(1). See also IACAC, Art. III(10).

89 UNCAC, Art. 12(2)(c).

90 UNCAC, Arts. 14(3), 52(1).

91 UNCAC, Art. 58.

3.3.3. Intergovernmental transparency

Finally, in forming their Conference under Article 63, UNCAC state parties commit to disclose ‘information on [their] programmes, plans and practices, as well as on legislative and administrative measures to implement this Convention (...)’.⁹² They are to ‘[f]acilitat[e] the exchange of information (...) on patterns and trends (...) and on successful practices (...), through, *inter alia*, the publication of relevant information (...)’.⁹³ These duties of disclosure are reiterated in the Terms of Reference of the UNCAC review mechanism.⁹⁴ The intergovernmental monitoring mechanism may itself be considered to manifest the principle of transparency between states.⁹⁵ ‘Be[ing] transparent’ is the first guiding principle of the mechanism.⁹⁶

4. Opacity in the UNCAC

Transparency is thus a principle and strategy for preventing and suppressing corruption in the UNCAC, as well as a dimension of the (good) governance concept that motivated states to build the international legal framework against corruption. Nonetheless, the UNCAC’s transparency provisions can seem opaque and incomplete when given their ‘ordinary meaning[s] (...) in their context and in the light of [the UNCAC’s] object and purpose’.⁹⁷ They are sometimes qualified and often discretionary. I consider these as potential problems in this section;⁹⁸ I ask whether they are in fact problematic for (global) governance at the end of the chapter.

4.1. Qualifications in the UNCAC’s transparency provisions

First, the UNCAC’s transparency principle is qualified: at points, it expressly – but narrowly – permits secrecy. Thus, in suggesting that state parties adopt measures to allow members of the public to obtain information ‘on decisions and legal acts that concern [them]’, Article 10 UNCAC says that such ‘procedures and regulations’ shall be ‘with due regard for the protection of privacy and personal data’.⁹⁹ Further, in seeking to increase public participation in (and awareness of) anti-corruption efforts, Article 13 UNCAC foresees

⁹² UNCAC, Art. 63(6).

⁹³ UNCAC, Art. 63(4)(b). See also UNCAC, Art. 61.

⁹⁴ Terms of Reference of the Mechanism for the Review of the Implementation of the United Nations Convention against Corruption, in UNODC, Mechanism for the Review of the Implementation of the United Nations Convention against Corruption – Basic Documents, New York, 2011, <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/IRG.html>> (last visited 12 February 2013), para. 15.

⁹⁵ Cf. Florini, ‘The End of Secrecy’, pp. 51–54; Peters, ‘Transparency, Secrecy, and Security’, p. 226–230 (both arguing that intergovernmental monitoring mechanisms in arms control regimes give effect to the principle of transparency).

⁹⁶ UNCAC Review Mechanism TOR, para. 3(a).

⁹⁷ 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 *United Nations Treaty Series* p. 331 (VCLT), Art. 31(1).

⁹⁸ See also Bacio Terracino, *The International Legal Framework against Corruption*, pp. 131–154.

⁹⁹ UNCAC, Art. 10(a).

‘certain restrictions’ to measures ‘[r]especting, promoting and protecting the freedom to seek, receive, publish and disseminate information concerning corruption.’ States’ licence to impose restrictions is itself qualified, however, by reference to what is ‘provided for by law and (...) necessary: (i) [f]or respect of the rights or reputations of others; (ii) [f]or the protection of national security or *ordre public* or of public health or morals.’¹⁰⁰ Finally, in seeking to prevent retaliation or intimidation in anti-corruption proceedings, Article 32 UNCAC says state parties may, *inter alia*, withhold or limit disclosures of information about ‘the identity and whereabouts’ of witnesses and experts.¹⁰¹ These measures are ‘without prejudice to the rights of the defendant, including the right to due process.’¹⁰² The obligation to prevent judicial corruption is likewise ‘without prejudice to judicial independence.’¹⁰³ Interestingly, rights to fair and public judicial hearings have been said to reflect the transparency principle.¹⁰⁴

4.2. Ambiguous relationship to other treaties

Second, the UNCAC borrows from other treaties without clarifying its relationship to them. The references to privacy and personal data, due process, and freedom of information recall international instruments on human rights.¹⁰⁵ The limit on state powers to restrict the ‘freedom to seek, receive, publish and disseminate information concerning corruption’ in Article 13(1)(d) UNCAC, for instance, is taken almost verbatim from Article 19(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), which is said to ‘embrac[e] a right of access to information held by public bodies.’¹⁰⁶ In its wording, Article 13(1)(d) UNCAC also appears to borrow from the Inter-American case law on freedom of thought and expression.¹⁰⁷ For the International Council for Human Rights Policy and TI, Article 13 UNCAC thus recreates the right in *Claude-Reyes* with respect to information on corruption.¹⁰⁸ However, the UNCAC does not expressly mention human rights as a category of norm, let alone provide how its obligations to prevent and suppress corruption relate, in general, to the state parties’ obligations to respect, protect, and fulfil human rights.¹⁰⁹ Similarly, the UNCAC seeks to ‘promote integrity, accountability and proper management

¹⁰⁰ UNCAC, Art. 13(1)(d).

¹⁰¹ UNCAC, Art. 32(2)(a).

¹⁰² See also UNCAC, Preamble, Art. 32(5).

¹⁰³ UNCAC, Art. 11(1).

¹⁰⁴ Peters, ‘Transparency, Secrecy, and Security’, p. 188.

¹⁰⁵ See, e.g., ACHR, Arts. 8, 11–13; ICCPR, Arts. 14, 17–19. See also Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ No. C83, 30 March 2010, p. 2, Art. 8 (data protection); ICHRP and TI, Making the Connection, p. 12.

¹⁰⁶ General comment No. 34, CCPR/C/GC/34, para. 18.

¹⁰⁷ *Case of Ivcher-Bronstein v. Peru*, Merits, Reparations, and Costs, 6 February 2001, Series C, No. 74, para. 146; *Ricardo Canese v. Paraguay*, Merits, Reparations, and Costs, 31 August 2004, Series C, No. 111, para. 77, discussed further in Boersma, *Corruption as Violation and Crime?*, p. 191.

¹⁰⁸ ICHRP and TI, Making the Connection, p. 12; *Claude-Reyes et al.*, 19 September 2006, Series C, No. 151.

¹⁰⁹ ICHRP and TI, Making the Connection, pp. 3, 7. Cf. AUCPCC, Preamble, Article 3(2); COECrimCC, Preamble. See also COECivCC, Preamble.

of public affairs and public property' without ever using the word governance.¹¹⁰

Further, the UNCAC silently integrates and modifies provisions and expressions from other anti-corruption treaties and suppression conventions.¹¹¹ Its Preamble '[r]ecall[s] the work carried out by other international and regional organizations in this field'; notes 'with appreciation' several other multilateral instruments;¹¹² and '[w]elcom[es] the entry into force (...) of the [UNTOC]'.¹¹³ Nevertheless, the UNCAC does not say how it interacts with these international agreements in their entirety. The conflict clause in Article 46(6) UNCAC only preserves the effect of other treaties to the extent that they 'gover[n] or will govern, in whole or in part, mutual legal assistance'.¹¹⁴

4.3. Ambiguous terminology

Third, many important terms in the UNCAC are unclear. Prime examples are corruption and transparency.¹¹⁵ The UNCAC addresses itself to the 'problem' or 'phenomenon' of corruption and uses that term and its variants over seventy times in its title, preamble, and operative provisions. However, it neither defines corruption in the abstract nor does it list corrupt criminal acts and omissions.¹¹⁶ One has to surmise from the provisions of Chapter III which offences are 'of' corruption. The same goes for transparency: state parties are supposed to 'reflect', 'enhance', 'promote', and ground transparency within their jurisdictions; yet, transparency is not among the defined terms in Article 2 UNCAC and does not have a single meaning in common usage. Of course, some of the transparency provisions are illustrated with examples of appropriate measures.¹¹⁷ But, for the rest, the lack of a clear concept of transparency means the obligations are themselves uncertain.

110 UNCAC, Article 1(c). See also UNCAC, Preamble (corruption as a threat to 'stability and security of societies, undermining the institutions and values of democracy, ethical values and justice and jeopardizing sustainable development and the rule of law'). Cf. AUCPCC, Preamble, Articles 3(1), 19(4); COECrimCC, Preamble; SADC-PAC, Preamble.

111 See, e.g., UNCAC, Articles 2(a)–(c), 15–16, 18, 31(1). Cf. COECrimCC, Article 12; OECD-ABC, Art. 1(1) and Commentaries, paras. 12–18; 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Vienna, 1582 *United Nations Treaty Series* p. 165, Art. 5(1). See further Androulakis. *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, pp. 347–351; Ivory. *The Human Rights of Bad Guys*, Chs. 3 and 4.

112 I.e., the AUCPCC, COECivCC, COECrimCC, IACAC, EUOCC, and OECD-ABC.

113 The UNTOC requires its state parties to criminalise or consider criminalising (respectively) active bribery of domestic public officials and bribery of 'foreign public officials and international civil servants', along with 'other forms of corruption': UNTOC, Article 8(1)–(2).

114 See also, UNCAC, Article 44(4) (UNCAC offences deemed 'extraditable offences' in extradition treaties between state parties); UNTOC, Article 18(6). Cf. COECrimCC, Article 35(1). On potential conflicts between cooperation norms in the anti-corruption treaties and international human rights, see further R. Ivory. "The Right to a Fair Trial and International Cooperation in Criminal Matters: Article 6 ECHR and the Recovery of Assets in Grand Corruption Cases", in: 2013 *Utrecht Law Review* Vol. 9; Ivory. *The Human Rights of Bad Guys*, Chs. 5 and 6.

115 Another example is the term "asset recovery": UNCAC, Preamble, Art. 1(b), Ch. V. See further Ivory, *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 2.

116 Boersma. *Corruption as Violation and Crime?*, p. 94; Ivory. *The Human Rights of Bad Guys*, Ch. 2.

117 UNCAC. Article 7(1), 9(1)–(2), 10.

4.4 Ambiguous drafting

Fourth, the wording of the UNCAC's transparency provisions is sometimes ambiguous. In formulating their commitments, the state parties chose nouns and verbs with broad meanings and sentence constructions that obscure the object of the domestic measures. Consequently, it is not always clear from the articles of the UNCAC what exactly state parties are to require of whom. One provision, for example, provides that:

‘Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavour to adopt, maintain and strengthen systems that promote transparency and prevent conflicts of interest.’¹¹⁸

It appears in the Article 7, which is entitled ‘Public sector’, after the rule on transparency in political funding, which is discussed next. However, it does not specify the type of transparency systems that state parties are to put in place, nor the type of information that is to be disclosed, nor the persons to whom and by whom transparency is owed. Similarly, when the UNCAC addresses accounting and auditing standards, it lists as one possible measure, ‘[p]romoting transparency among private entities, including, where appropriate, measures regarding the identity of legal and natural persons involved in the establishment and management of corporate entities.’¹¹⁹ The breadth of the judicial integrity rule has been noted elsewhere.¹²⁰

4.5 Discretionary obligations

A fifth and related concern is that the UNCAC allows state parties considerable discretion in implementing its articles, especially its provisions on transparency.¹²¹ To begin, several duties in the UNCAC are expressed as obligations to ‘consider’ or to ‘endeavour’ to take action rather than to act or to achieve a result.¹²² One example is the UNCAC’s campaign-financing obligation.¹²³ Many commentators consider it essential that politicians and

¹¹⁸ UNCAC, Article 7(4).

¹¹⁹ UNCAC, Article 12(1)(c).

¹²⁰ Bacio Terracino, *The International Legal Framework against Corruption*, p. 153 (on UNCAC, Article 11(1)).

¹²¹ Boersma, *Corruption as Violation and Crime?*, p. 93.

¹²² For obligations to “consider”, see, e.g., Articles. 7(2)–(3), 8(4) and (6), 14(2)–(3). For obligations “to endeavor”, see, e.g., UNCAC, Articles. 7(1) and (4), 8(2) and (5), 14(5). See further L. Low, “The United Nations Convention against Corruption: The Globalization of Anti-Corruption Standards”, London, 2006, <<http://www.steptoe.com/assets/attachments/2599.pdf>> (last visited 8 February 2013), p. 4, also cited and discussed in Boersma, *Corruption as Violation and Crime?*, p. 93.

¹²³ See generally Low, “The UNCAC”, p. 5; P. Webb, “The United Nations Convention against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?”, in: 2005 *Journal of International Economic Law* Vol. 8, pp. 215–218.

political parties be required by law to say who funds them and their campaigns,¹²⁴ since such donations may enable ‘special interests’ to exert undue influence over politicians or disguise the payment of bribes.¹²⁵ However, Article 7(3) UNCAC merely provides that:

‘Each State Party shall also consider taking appropriate legislative and administrative measures, consistent with the objectives of this Convention and in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to enhance transparency in the funding of candidatures for elected public office and, where applicable, the funding of political parties’.¹²⁶

UNCAC provisions also frequently contain what Low has called ‘escape hatches’:¹²⁷ qualifications on the duties to take, consider, or attempt action that refer to matters only state parties can assess. So, nearly all the obligations in Chapter II are modified by the phrases ‘in accordance with the fundamental principles of [a state party’s] legal system’ or ‘in accordance with fundamental principles of its domestic law’,¹²⁸ as well as the words ‘appropriate’ or ‘necessary’.¹²⁹ This is also true of the UNCAC’s duty to implement its obligations in Article 65,¹³⁰ which additionally empowers state parties to ‘adopt more strict or severe measures than those provided for by this Convention for preventing and combating corruption’.¹³¹ Of course, states have a general obligation to implement their binding obligations in good faith.¹³² But, between these factors and a comparatively weak peer review mechanism,¹³³ there is considerable scope for national anti-corruption laws and policies to diverge.

4.6. Gaps in transparency provisions and practice

Sixth, because of its generality, the UNCAC omits mention of some anti-corruption transparency (and accountability) measures. Most significant is its failure to differentiate the concept of ‘the public’ and hence to require states to enhance access to information by

124 ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia-Pacific, *Anti-Corruption Policies in Asia and the Pacific: Progress in Legal and Institutional Reform in 25 Countries*, Manila/Paris, 2006, <www.oecd.org/corruption/asiapacific/stocktaking> (last visited 12 February 2013), p. 22; ICHRP and TI, *Integrating Human Rights*, p. 46; Stiglitz, “The Role of Transparency in Public Life”, p. 26; UNDP, “Corruption and Good Governance”, p. 51.

125 ADB/OECD, *Anti-Corruption Policies*, p. 22; ICHRP and TI, *Integrating Human Rights*, p. 46.

126 Cf. AUCPCC, Article 10(b) (“Each State Party shall adopt legislative and other measures to (...) [i]ncorporate the principle of transparency into funding of political parties”).

127 Low, “The UNCAC”, p. 4. See also Webb, “The UNCAC”, p. 206.

128 See, e.g., UNCAC, Article 5(1), 13(1).

129 See, e.g., UNCAC, Article 7(1), 9(2), 10, 12(1), 13(2). See also IACAC, Article III (‘the State Parties agree to consider the applicability of [preventative] measures within their own institutional systems (...)’). See also Boersma, *Corruption as Violation and Crime?*, pp. 93, 95.

130 UNCAC, Article 65(1).

131 UNCAC, Article 65(2).

132 VCLT, Article 26.

133 Webb, “The UNCAC”, pp. 219–223. See also Boersma, *Corruption as Violation and Crime?*, p. 98.

members of marginalised groups, who are often disproportionately harmed by corruption.¹³⁴ At the other end of the spectrum of power and influence, the UNCAC does not expressly recommend or require public interest disclosure by corporations, although this is identified in the literature as an increasingly important aspect of transparency.¹³⁵ Also, the UNCAC does not cover transparency measures across or within sectors, be they ‘multi-stakeholder initiatives’ between corporations, governments, and civil society organisations or specific ‘collective actions’ by firms operating in particular industries or jurisdictions.¹³⁶ Last, the UNCAC’s review mechanism has been accused of secrecy or, at least, insufficient openness. Addressing the UNCAC Implementation Review Group in June 2012, TI called for the publication of all government self-assessments and country reports.¹³⁷ The mechanism’s TOR provide for the anonymity of country review reports, though ‘[s]tate part[ies] under review [are] encouraged to exercise [their] sovereign right[s] to publish [their] country review report[s] or part[s] thereof’.¹³⁸

5. Conclusions: the UNCAC’s unproblematic opacity?

Efforts to improve governance by combating ‘corruption’ often presuppose the value of transparency. Governments that conduct themselves ‘according to fixed and published rules, on the basis of information and procedures that are accessible to the public (...)’¹³⁹ will, it is thought, be more able and more likely to carry out their core functions of guaranteeing security, managing the public sector, and promoting collective social and economic objectives. By contrast, governments that are pervaded by corruption will be less likely and less motivated to act with the public’s input in the public interest. In other words, corruption puts the good governance principles of properness, participation, effectiveness, and accountability at risk, and undermines political controls in democracy. Transparency, in turn, reduces the scope for corruption and the increases the probability that transgressions will be detected and eventually punished. It thus comes as no surprise that transparency is reflected in the international legal framework against corruption, how it was created and what it entails. In the standard retelling, the conclusion of the anti-corruption treaties resulted, in part, from the disclosure of new information about official misconduct. Though not a purpose or ‘fundamental principle’ of the UNCAC,¹⁴⁰ it is prominent in the

134 On the need for differentiation in accountability policies and the impacts of corruption on *inter alia* women, members of indigenous groups and ethnic minorities, and (other) people living in poverty, see ICHRP and TI. *Making the Connection*, pp. 7–10; *Integrating Human Rights*, pp. 33–35, 37–38, 58.

135 Birkinshaw. “FOI and Openness”, p. 214.

136 See the diverse contributions to M. Pieth (Ed). *Collective Action: Innovative Strategies to Prevent Corruption*. Zurich, 2012.

137 I. Zaman (for TI), Address to UNCAC Implementation Review Group, <http://www.transparency.org/news/speech/address_to_uncac_implementation_review_group>, (last visited 6 February 2013).

138 UNCAC Review Mechanism TOR, paras. 37–38.

139 N. 3.

140 Cf. UNCAC, Articles 1, 51.

UNCAC's provisions on the prevention of corruption, as well as its system of peer review. Transparency, in a broader sense, is required of some non-state actors to deter and detect corruption and associated acts of money laundering.

However, the UNCAC's transparency provisions are themselves to some extent qualified, obscure, incomplete, and optional. The UNCAC creates express exceptions to its transparency duties and borrows in other ways from other treaties without clearly regulating their relationships. The UNCAC also leaves its terminology and requirements unclear. Its drafters chose to not to define transparency and corruption and to use wording that is, at times, ambiguous. Escape hatches and express discretions may lead to considerable differences in how the UNCAC, especially Chapter II, is implemented.¹⁴¹ The UNCAC's transparency regime is lastly incomplete: it is not an exhaustive catalogue of anti-corruption transparency measures and it does not require states to disclose reports on their efforts to incorporate its requirements into domestic law. More state practice and further research into the preparatory works and circumstances of the UNCAC's conclusion may resolve some of these ambiguities and uncertainties.¹⁴² For now, the question is whether they are indeed problematic or, rather, harmless features of this form of international regulation.

On the one hand, the apparent problems could simply reflect the higher level of abstraction in international law and the greater number and diversity of preferences that inform multilateral treaty-making. In other words, treaties like the UNCAC are frameworks, not templates, for domestic law and policy; as the price of agreement, they may leave some undertakings obscure. It could be added that legal language is unavoidably indeterminate and that ambiguity is an appropriate drafting principle for the UNCAC given the cultural specificities of corruption and the sensitivity of the government functions that the transparency provisions regulate.¹⁴³ The convention's ambivalent stance towards human rights and good governance may likewise reflect traditional suspicions between members of the anti-corruption and pro-human rights movements,¹⁴⁴ as well as concerns about the use of the governance concept in the allocation of development aid.¹⁴⁵ As for the UNCAC's lack of blanket norm conflict rules, this is by no means atypical for international agreements.¹⁴⁶

141 Low. "The UNCAC", pp. 4–5.

142 VCLT, Art. 32.

143 On ambiguity as a principle of legislative drafting in the People's Republic of China, see D. Cao, 'Linguistic Uncertainty and Legal Transparency: Statutory Interpretation in China and Australia', in V.K. Bhatia et al. (Eds). *Transparency, Power and Control in Legal Communication*. Farnham, 2012, p. 15.

144 ICHRP and TI. *Making the Connection*, p. 69; *Integrating Human Rights*, p. 63.

145 Chhotray and Stoker. *Governance Theory and Practice*, pp. 100–102; 109–111; V. Nanda. "The 'Good Governance' Concept Revisited", in: 2006 *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, Vol. 603, pp. 280–281.

146 For a typology of "conflict clauses", see GA. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Report of the Study Group of States against Corruption the International Law Commission Finalized by Martti Koskeniemi. UN Doc. A/CN.4/L.682/Add. 1, 13 April 2006, paras. 268–271.

On the other hand, the fact that the international (legal) system permits or encourages ambiguity does not justify the decision of states, working as international lawmakers, to conclude agreements that are unclear. Since the late nineteenth century, the opaqueness of international treaties and treaty negotiations has been thought to contribute to conflict in the international system.¹⁴⁷ Recently, transparency has been identified as a ‘doctrinal feature’ (principle) of ‘global administrative law’.¹⁴⁸ This body of law is said to address the accountability deficits that arise when ‘global administrative bodies’ attempt to regulate transnational problems by assuming the traditional functions of states.¹⁴⁹ It is not necessary to go further into this or related global governance projects to see how they intersect with an argument that the UNCAC is problematically unclear. Treaties, like the UNCAC, may have consequences for individuals and communities insofar as they prompt or are used to justify changes in domestic law. They are the basis for acts of international cooperation in criminal and administrative matters and result in the allocations of resources within and between states and/or international organisations.

The UNCAC’s discretionary provisions permit divergence in the anti-corruption laws of party states, thereby increasing compliance costs and legal uncertainties for individuals and firms with connections to multiple jurisdictions. Its ambiguities make it more difficult for political actors within, beyond, and between states to criticise its terms and to monitor its implementation. With opacity also comes the possibility that governments could use the UNCAC as an alibi for inaction against corruption¹⁵⁰ or for action ostensibly against corruption that limits good governance in its other dimensions. The lack of an express reference to human rights in the UNCAC adds to this risk, as does the clause permitting ‘more strict or severe’ anti-corruption measures in Article 65 UNCAC.

Assessing whether the UNCAC and its transparency provisions do actually reduce corruption and improve governance is a challenging empirical task that is beyond the scope of this chapter.¹⁵¹ I write as a lawyer who is concerned with how international law is used to ‘achiev[e] certain values in international society’,¹⁵² among them, individual well-being. For me, the UNCAC serves to highlight the broad international consensus on the

147 See further L. Musumeci. *Transparency of International Institutions* (forthcoming PhD thesis). Basel, 2013, Framework for Analysis.

148 B. Kingsbury, N. Krisch, and R. Stewart. “The Emergence of Global Administrative Law”, in: 2004–2005 *Law & Contemporary Problems*, Vol. 68, p. 15.

149 Kingsbury, Krisch, and Stewart. “Global Administrative Law”, pp. 15–16, 26–27.

150 I am indebted to Mr. Nicholas Stockton for stimulating my thinking on this point. See also Webb. “The UNCAC” p. 229, citing W.M. Reisman. *Folded Lies: Bribery, Crusades and Reforms*. New York, 1979, p. 157.

151 See UNDP and Global Integrity. *A User’s Guide to Measuring Corruption*. Oslo, 2008, pp. 44–45, quoted in ICHRP and TI. *Integrating Human Rights*, p. 42.

152 R. Higgins. “The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law”, in: 1982 *Hague Academy Recueil des Cours*, Vol. 176, 259–392, 268, citing M. McDougal, H. Lasswell, and W.M. Reisman. “Theories about International Law: Prologue to a Configurative Jurisprudence”, in: 1968 *Virginia Journal of International Law* Vol. 8. See further Ivory. *The Human Rights of Bad Guys*, Chs. 1 and 7.

harms of corruption and the need for transparency (and accountability and participation) measures. The UNCAC is an impetus for law reform. It provides a standard of criticism and encourages cross-cultural and cross-sectoral debate about the nature and extent of the problem of corruption and the efficacy of the proposed solutions, including transparency measures. It may, in so doing, support efforts to construct the international community as a constitutional or administrative space, especially since it foregrounds principles from (domestic) public law.¹⁵³

However, with its gaps, discretions, and obscurities, the UNCAC also places considerable responsibility on those who give it effect to think systematically, purposively, and critically about its provisions. In my view, national legislators and administrators must be willing to perceive their efforts against corruption as part of broader international endeavours to better governance and so to improve human life – in its many dimensions.

153 A. Peters. "Compensatory Constitutionalism", in: 2006 *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, p. 586.

LAS IMPLICANCIAS DEL BUEN GOBIERNO EN MATERIA PENAL: POLÍTICAS ANTICORRUPCIÓN Y EL DEBER POSITIVO DEL ESTADO DE INVETIGAR, PERSEGUIR Y SANCIONAR GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

*John Vervaele**

1. Introducción

En el año 2010, el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Utrecht publicó un número especial sobre «Human Rights and Good Governance».¹ Dado que el punto de partida de dicha publicación se relaciona directamente con las ideas que a continuación expondré, considero de suma importancia citar textualmente el siguiente párrafo:

“Human rights and good governance are two key aspects of a well-functioning state and society. Without them the rights and interests of citizens and the community are difficult to protect and hard to guarantee on a structural basis. Especially in countries in transition from violent armed conflict or authoritarian rule towards democracy and the rule of law, the move toward implementing human rights and good governance principles into the daily functioning of state institutions can be a huge challenge”.

El Estado de Derecho, la democracia y el buen gobierno son los tres pilares de todo Estado moderno. Es en este marco que, en los últimos años, el principio de buen gobierno se ha concretizado en un derecho subjetivo, un derecho humano: el derecho a la buena administración.

Un excelente ejemplo es el artículo 41º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,² vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009). Dicho dispositivo normativo consagra, en el capítulo referido a la ciudadanía europea, el derecho

* Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Utrecht.

1 G.H. Addink et al. (Eds). *Human Rights and Good Governance*. SIM Special N° 34. Utrecht: Utrecht University, 2010. Disponible en: http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/studieeninformaticentrummensenenrechten/publicaties/simspecials/Documents/SIM_Special_34.pdf.

2 Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf>.

a una buena administración. Veamos:

“Artículo 41.- Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
 - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
 - la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

El derecho a una buena administración incluye toda una serie de principios de buen gobierno o *proper administration* (como podrán advertir, hago aquí un símil con el concepto del derecho constitucional al debido proceso):

- a. Certeza legal (en un sentido formal y sustantivo);
- b. Prohibición de abuso de poder o arbitrariedad;
- c. Igualdad;
- d. Proporcionalidad;
- e. Participación;
- f. Transparencia y rendición de cuentas (*accountability*);
- g. Eficacia y eficiencia;

El cumplimiento de estos principios tiene una multiplicidad de funciones en el Estado de Derecho y en la sociedad democrática. No se debe pensar solamente en la eficacia de las políticas públicas, de sus instituciones, y la calidad de los servicios públicos, sino también en la legitimidad del Estado y su manera de gobernar (*governance*).³

3 Patrick Birkinshaw. *Government and Information: the Law Relating to Access, Disclosure and Their Regulation*. Haywards Heath: Tottel Publishing, 3ra Edición, 2005.

Políticas públicas eficaces y eficientes son capaces de producir, en el tiempo adecuado, el resultado programado en relación con los objetivos planteados. Estas políticas son, además, transparentes⁴ cuando existe la obligación de explicar los procedimientos y decisiones, así como cuando existe la posibilidad para el público en general (y ciertos profesionales en particular) de tener acceso a los documentos en manos del Estado. Asimismo, también se cumple con el principio de transparencia cuando los responsables de las políticas públicas y sus decisiones tienen que justificarse ante los órganos legislativos y judiciales (*political and judicial overview*).

Una de las políticas claves del Estado democrático de Derecho está constituida, claramente, por el conjunto de medidas adoptadas en materia de justicia, particularmente, en materia penal. Para la consecución de una justicia penal correcta y equitativa, el Estado tiene que cumplir con toda una serie de obligaciones negativas formuladas en la legislación penal, la legislación procesal penal y la legislación relacionada con la administración de justicia. Además, no podemos olvidar las obligaciones contenidas en dispositivos constitucionales y en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Así pues, estarían recogidos principios como el debido proceso, justicia imparcial e independiente, entre otras.

Sin embargo, cada vez con mayor frecuencia, el Estado tiene que cumplir con el deber positivo de investigar, perseguir y castigar graves violaciones a los derechos humanos. Dichas violaciones pueden consistir en crímenes internacionales del núcleo duro (*core international crimes*)⁵ u otras vulneraciones graves a los derechos humanos que ponen en peligro la vida (por ejemplo, ciertos delitos medio-ambientales) o el debido proceso (por ejemplo, corrupción en la administración de la justicia penal).

2. Políticas públicas de buen gobierno y anti-corrupción en materia penal y su relación con las graves violaciones de derechos humanos

Cuando los principios de buen gobierno no tienen incidencia en la justicia penal, se pueden presentar una serie de vicios que alteran el normal funcionamiento de esta función estatal: gestión ineficaz, politización de la justicia penal, corrupción activa y pasiva en el sistema.⁶ Los *modus operandi* son de una variabilidad inmensa, los más comunes son:

a. Abuso de poder;

4 Sobre el principio de transparencia, véase: Bo Vesterdorf. "Transparency, Not Just a Vogue Word", en: *Fordham International Law Journal*, Vol. 22, N° 3, 1998, pp. 902-929; Sacha Prechal and Madeleine de Leeuw. "Dimensions of transparency: The building blocks of a new legal principle", en: *REALaw*, Vol. 0, N° 1, 2007, pp. 51-61.

5 El Estatuto de Roma establece 4 crímenes internacionales: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.

6 Cristi Danile. *Corruption and Anti-Corruption in the Justice System*. Bucharest: Editura Beck, 2009.

- b. Extorsión;
- c. Pagos/regalos/servicios;
- d. Tráfico de influencias;
- e. Desaparición o adulteración de pruebas;
- f. Pérdida de actos o parte de los materiales del proceso;
- g. Corrupción al interior de los tribunales;
- h. Corrupción sistémica al momento de la interacción entre los tribunales y otras instituciones de la cadena de la justicia penal

Sea cual sea la forma de estos vicios, expresados como incumplimientos en el normal desenvolvimiento de las obligaciones del Estado en materia de justicia penal, se pone en peligro los siguientes principios y valores claves de la justicia penal:

- a. Acceso a la justicia penal;
- b. Independencia, imparcialidad e integridad de administración de justicia penal;
- c. Debido proceso (justicia penal equitativa);
- d. Justicia penal cualitativa y eficaz;
- e. Debida motivación de las decisiones judiciales;
- f. Transparencia y rendición de cuentas;
- g. Confianza pública en la administración de justicia penal;
- h. Derecho a la justicia y derecho a la verdad

Así, las violaciones de estos principios y valores contribuyen al sistema de la impunidad. Mejor dicho, son parte de dicho sistema.⁷ La falta de observancia de los principios del buen gobierno y la existencia de casos de corrupción en el sector de la justicia penal son fenómenos sociales muy complejos. Se nutren de falta de información y transparencia, de falta de control, de la pobre calidad de los agentes sociales y de los agentes profesionales, etc.

En los últimos años, los Estados se han comprometido a un paquete muy comprensivo de obligaciones preventivas en la lucha contra la corrupción.⁸ Estos deberes, derivados de convenios internacionales, están relacionados con los siguientes temas:

- a. Acceso a la información;
- b. Agencias preventivas de corrupción;

⁷ Edgardo Buscaglia and Samuel González Ruiz. "How to Design a National Strategy against Organized Crime and Public Sector Corruption in the Framework of the UN's Palermo Convention", en: *The Fight Against Organized Crime*. New York: UNDP Press, 2002; Edgardo Buscaglia, Samuel González Ruiz and William Ratliff. *Undermining the Foundations of Organized Crime and Public Sector Corruption. Essay in Public Policy*. Stanford: Hoover Institution Press, 2005.

⁸ Julio Bacio Terracino. *The International Legal Framework against Corruption. States' obligations to prevent and repress corruption*. Cambridge: Intersentia, 2012.

- c. Medidas para incrementar la transparencia en el sector público:
 - i. Medidas en relación con el funcionariado (reclutamiento-códigos de conducta);
 - ii. Medidas relacionadas con las finanzas públicas;
 - iii. Medidas relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios;
 - iv. Medidas para incrementar la transparencia en el sector judicial
- d. Medidas para incrementar la transparencia en el sector privado;
- e. Prevención del lavado de activos;
- f. Cooperación interinstitucional;
- g. Monitoreo de cumplimiento

Además, los Estados se han adscrito a una serie de obligaciones internacionales (por vía convencional) de tipo represivo en materia de lucha anti-corrupción,⁹ tratando de:

- a. Positivizar tipos penales eficaces;
- b. Establecer sanciones penales eficaces;
- c. Promover actuaciones judiciales de investigación, incluyendo medidas especiales de investigación (intercepción de medios de comunicación, infiltración en bandas criminales, etc.);
- d. Promover actuaciones judiciales financieras contra el crimen organizado

Actualmente, a la luz de estas obligaciones podemos sostener que los Estados tienen la obligación de prevenir y reprimir la corrupción. Esta tarea es de eminente importancia en un sector como el de la justicia penal, toda vez que constituye un mecanismo fundamental para combatir la corrupción. Asimismo, sirve como instrumento clave para cumplir con el deber positivo de investigar, perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos. Así pues, la justicia penal constituye un ámbito en el que los ciudadanos tienen legítimas expectativas de ver tutelados su derecho a la justicia y su derecho a la verdad. Por ello, resulta indispensable contar con un sistema de justicia penal inmune a prácticas de corrupción para garantizar procesos justos, en especial cuando se trata de esclarecer responsabilidades frente a violaciones contra los derechos humanos.

A continuación, mi contribución en el presente artículo no se avoca a tratar la responsabilidad internacional de los Estados por el incumplimiento de los dispositivos internacionales de carácter imperativo, incluyendo al *ius cogens* del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos. Lo que pretendo es entender cómo se manifestaría

9 Julio Bacio Terracino. *Op. Cit.*

dicha responsabilidad (cuál sería su contenido sustancial) a través de los deberes positivos del Estado de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en la justicia penal interna así como su relación con la punibilidad penal; y cómo dicha responsabilidad se vincula con el correcto ejercicio de las funciones de los poderes del Estado (*good governance*).

La pregunta clave que se podría formular sería la siguiente: ¿Cuál sería el *deber puniendi* de los Estados en relación con graves violaciones de derechos humanos derivado del Derecho Internacional Público y cómo se articularía este deber con el *ius puniendi* de los Estados y con los principios generales de derecho penal, especialmente con el principio de legalidad? Adicionalmente podríamos preguntarnos ¿cómo se puede garantizar el derecho del ciudadano al buen gobierno y a una buena administración de justicia en materia penal que cumpla con su derecho a la justicia, verdad y compensación?

3. Impunidad y el deber positivo de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos por la vía del *ius cogens*

3.1. Derechos humanos y tutela penal obligatoria

En esencia, la función de los derechos humanos consiste en proteger al ciudadano en contra del poder del Estado. Así pues, el Gobierno se ve obligado a: (i) actuar dentro del marco del Estado de Derecho democrático (ii) otorgar al ciudadano un amplio margen de libertad para el ejercicio de sus derechos humanos y (iii) proteger la dignidad de sus ciudadanos. En materia penal, los derechos humanos tienen, en primer lugar, la función de protección del sospechoso, acusado y/o condenado, en contra de la potestad punitiva del estado, otorgándole el conocimiento previo de la conducta penalmente tipificada, ejecutando investigaciones judiciales que respeten al máximo sus libertades (libertad individual, protección de la vida privada, etc.) y garantizando un juzgamiento por un tribunal independiente e imparcial, siguiendo reglas del debido y justo proceso.

En los últimos años, la impunidad por graves violaciones de derechos humanos y los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia han convertido los derechos humanos en un “arma” de doble filo.¹⁰ El primer filo tiene como clásica función la “kantiana contingencia” del poder punitivo del Estado: una función negativa dirigida a un uso del *ius puniendi* en conformidad con los derechos humanos. El segundo filo consiste en la nueva función de activación del poder punitivo del Estado, un *deber puniendi* en conformidad con un deber

10 Margaret Popkin, *Latin America: The Court and the Culture of Impunity*. Crimes of War Project. December 2003. Disponible en: http://www.crimesofwar.org/icc_magazine/icc-popkin.html.

positivo derivado de los derechos humanos.

Este nuevo deber positivo se configura como una serie de nuevas obligaciones para el Estado: investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos haciendo, *inter alia*, uso obligatorio de su sistema penal. Así, se podría decir que el respeto de los derechos humanos se convierte en un nuevo bien jurídico que no solo merece tutela penal, sino que obliga a la tutela penal, tanto por criminalización primaria como secundaria. El Estado tiene un deber de garantizar el cumplimiento de los derechos humanos que, vinculado a la figura de los remedios efectivos, ha servido para construir esta obligación positivamente.

En América Latina, la situación de graves violaciones de derechos humanos es mucho más aguda, aunque en Europa hay países con realidades similares, como, por ejemplo, Turquía y Rusia. Muchos países en América Latina han conocido en la segunda parte del siglo XX atroces dictaduras militares o siguen conociendo largos conflictos armados internos. En ambos casos, ha habido o hay severas violaciones de derechos humanos de parte de órganos estatales, grupos paramilitares vinculados al Estado o por parte de grupos alzados en armas. Muchos países padecen de una cultura de impunidad estructural frente a casos de graves violaciones de derechos humanos cometidas por agentes estatales o paramilitares en estrecha conexión con el Estado.¹¹

En las últimas décadas, la gran mayoría de los países que pasaron por las dictaduras han vuelto a la democracia. Tanto los gobiernos de transición como los gobiernos democráticos han tenido que afrontar las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante las dictaduras o durante conflictos armados internos. Las respuestas han sido multivariantes, y han ido desde, por ejemplo, formas de justicia (penal) transicional¹² impuestas por los militares o negociadas por los militares con gobiernos de transición, hasta formas de justicia (penal) transicional pactadas dentro un acuerdo de paz o aprobadas en el parlamento y/o por referéndum popular.

La justicia penal transicional siempre tambalea entre la búsqueda de la verdad y la búsqueda de la justicia pero con parámetros de reconciliación. En América Latina, la justicia transicional enfrenta, además de la comisión de crímenes de genocidio y crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado en contra de una parte de la población (grupos excluidos, personas sospechosas de subversión, oposición política, etc.), el fenómeno de terrorismo de Estado. Muchas formas de justicia penal transicional son de tipo post-conflicto, instauradas junto

11 Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, 2005 y Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, 2006.

12 Cherif Bassiouni. *Post-conflict justice*. New York: Transnational Publishers, 2002.

con la transición de la dictadura a la democracia, y aplican tipologías diferentes de amnistía: desde la auto-amnistía por parte de los militares (como fue el caso de Argentina) hasta la amnistía bilateral (que comprende a agentes del estado y a miembros de grupos alzados en armas) otorgada por vía de democracia directa y/o indirecta (como es el caso en Brasil).

En algunos países democráticos como, por ejemplo, Colombia, la justicia penal transicional ha sido introducida durante el conflicto armado interno, otorgando a los grupos paramilitares un tratamiento penal muy favorable a condición de reconocer su culpabilidad y de poner fin a sus actividades.¹³ La justicia penal transicional es un mecanismo penal de excepción que no tiene como función principal la retribución, sino la restauración de la comunidad (*restorative justice*). En la justicia transicional están en juego, sobre todo, los intereses de las víctimas. Su derecho a la justicia y la verdad incluye su interés en la persecución y castigo de los presuntos autores. Aunque hay otras formas de impartir justicia (indemnizaciones, comisiones de la verdad, etc.), éstas solo podrían complementar y no sustituir la justicia penal cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos, delitos internacionales y/o crímenes cometidos por el Estado.

La jurisprudencia de la Corte IDH deja también muy claro que las formas de la justicia transicional, de fuente democrática o no, deben cumplir con la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley. Son valores que no pueden ser sacrificados ni siquiera por la mayoría parlamentaria. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La judicatura nacional y supranacional tienen una obligación de control de convencionalidad para que las obligaciones derivadas de los derechos humanos, incluyendo el deber positivo de investigar, juzgar y sancionar, se cumplan también en esta fase de transición.¹⁴

La cultura de impunidad y la falta de actuación del Estado, por desuso o uso indebido del *ius puniendi*, se originan como consecuencia del modo en que *la trias política* desempeña sus funciones (*good governance*). Es así que la responsabilidad internacional por violación de normas de derechos humanos vinculada a un patrón de impunidad puede derivar de la actuación (o inacción) de cualquier poder del Estado. Puede producirse cuando el poder legislativo no tipifica o tipifica de manera inadecuada graves violaciones de derechos humanos, prevé plazos (cortos) de prescripción o concede formas de amnistía en blanco. O cuando el poder ejecutivo no realiza o realiza de forma insuficiente las investigaciones

13 Ley Justicia y Paz (Ley 975 de 2005). Ver: Alejandro Aponte Cardona. *El proceso penal especial de justicia y paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*. Toledo: CITpax, 2011. Disponible en: <http://www.toledopax.org/uploads/EL%20PROCESO%20PENAL%20ESPECIAL%20DE%20JUSTICIA%20Y%20PAZ_CITpax_Observatorio.pdf>.

14 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero 2011, párrafo 239.

de las graves violaciones de derechos humanos, sin la necesaria obtención de pruebas, o no protege o protege de manera ineficaz a los testigos. Situaciones de impunidad también se presentan cuando el poder jurisdiccional se muestra muy poco eficaz al momento de la puesta en marcha de la justicia penal, aplica sobreseimiento o la acción penal acaba en absolucón o sentencias condenatorias de mero simbolismo (simulacro de justicia).

No es de extrañar que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU haya elaborado en 2005 un conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. El artículo 19 de estos principios estipula claramente:

“Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarn   las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente (...)”¹⁵

Es a la luz de esta realidad estructural de impunidad que la Corte IDH ha desarrollado, desde el inicio de su jurisprudencia, el deber positivo de los Estados parte de proteger los derechos humanos.

3.2. Enfoque de la Corte IDH

Desde la sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*,¹⁶ sobre prácticas de desaparición sistemática, la Corte se ha enfocado en el deber positivo de cada Estado de proteger los derechos humanos. La Corte IDH declaró probada 1) la existencia de una práctica de desapariciones ejecutada o tolerada por las autoridades hondureñas entre los años 1981 a 1984; 2) la desaparición de Velásquez por obra o con la tolerancia de esas autoridades dentro del marco de esa práctica; y 3) la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica.¹⁷ La Corte subrayó que, no obstante que en el momento de los hechos no había ningún texto convencional en vigencia aplicable a los Estados parte de la Convención que empleara la calificación de desaparición forzada, la doctrina y la práctica internacional ya habían calificado las desapariciones como un crimen contra la humanidad.¹⁸ Es importante resaltar que la Corte declaró probada la práctica de

15 Disponible en: <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>>.

16 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio 1988, Serie C, N   4. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc>.

17 Ibid. Párrafo 148.

18 Ibid. Párrafo 153.

desapariciones, incluyendo la de Manfredo Velásquez, por obra o con la tolerancia de las autoridades hondureñas. ¿Cómo atribuir la tolerancia al Estado? La Corte IDH introduce el tema de esta manera:

“La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación”.¹⁹

Asimismo, la Corte IDH hace referencia a la obligación de los Estados de respetar los derechos, conforme al artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante CIDH).²⁰ Al respecto subraya que:

“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.²¹

En ese sentido, según lo establecido por la Corte, la obligación a cargo de los Estados resulta mucho más inmediata que la que se desprende del Artículo 2º de la CIDH sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno:

“El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”²² (subrayado del autor).

19 Ibid. Párrafo 158.

20 **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:** 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

21 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Párrafo 167.

22 Ibid. Párrafo 174.

La Corte IDH impone también condiciones al deber de investigar. Así pues, refiere que la investigación debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad, condenada de antemano a ser infructuosa. Además, debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.²³ Finalmente, la Corte construye, a través del deber positivo, una obligación de remediar la impunidad:

“Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”.²⁴

Se puede concluir que, como parte de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos humanos, los Estados deben asegurar a las víctimas una investigación seria de los crímenes cometidos. Consiste en una obligación cuyo fin explícito es identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación. La Corte IDH elabora este deber positivo de manera constante en su jurisprudencia. En el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*,²⁵ la Corte IDH ha tenido por demostrado que, al inicio de los años noventa, existía en Guatemala una práctica por parte del Ejército por la cual se capturaba a los guerrilleros, se les torturaba y se les causaba la muerte.²⁶ La Corte IDH subraya de nuevo que:

“El desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. En razón de lo cual, al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar desapariciones forzadas o involuntarias, al no investigarlas de manera adecuada y al no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la víctima como de sus familiares, para conocer el paradero de aquella”.²⁷

23 Ibid. Párrafo 177.

24 Ibid. Párrafo 176.

25 Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre 2000. Serie C, N° 70. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.doc>.

26 Ibid. Párrafo 132.

27 Ibid. Párrafo 129.

En los casos *Barrios Altos vs. Perú*²⁸ y *Myrna Mack vs. Guatemala*,²⁹ la Corte IDH define el deber positivo (obligaciones positivas) como inherente al derecho a la verdad, siendo tanto un derecho de los individuos interesados directamente en el conocimiento de lo sucedido con sus allegados (verdad del caso) – proporcionando así un recurso efectivo para las víctimas – como un derecho de toda la sociedad a saber todo lo ocurrido (verdad global).

Es sumamente interesante al respecto el caso de la masacre de *La Rochella vs. Colombia*, visto que se trata del primer caso en el cual la Corte IDH tiene que pronunciarse sobre la aplicación de la Ley de Justicia y Paz. En los párrafos 192 a 198 de la sentencia, la Corte IDH hace un resumen de los parámetros de su jurisprudencia en materia de deber positivo de protección de derechos humanos, en este caso, aplicándolo al marco jurídico de la desmovilización de los grupos paramilitares³⁰ y de un derecho penal beneficioso para los sospechosos de graves violaciones de derechos humanos.

En primer lugar, la Corte subraya que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia y el derecho de conocimiento y acceso a la verdad, hay un deber general de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos, así como un deber de reparar los daños causados. La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva y tendiente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones cometidas.³¹ Los Estados tienen el deber de iniciar *ex officio*, sin dilación y con la debida diligencia, estas investigaciones.

Por otro lado, el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio a un plazo razonable, el principio del contradictorio, etc. En cuanto a la pena, ésta debe ser el resultado de una sentencia emitida por una autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En relación con la proporcionalidad de la pena, la Corte estima que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la trasgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor. Finalmente, el principio de la cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, cuando aparezcan nuevos hechos o nuevas pruebas, pueden ser reabiertas sentencias absolutorias con calidad de cosa juzgada.

28 Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo 2001. Párrafo 43.

29 Corte IDH. *Caso Myrna Mack vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre 2001. Párrafo 209-211.

30 Según el Artículo 9 de la Ley 975 “Ley de Justicia y Paz”, emitida por el Congreso de la República de Colombia el 25 de julio de 2005, “se entiende por desmovilización el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente”.

31 Ver, por ejemplo, Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*.

No hay duda de que estos parámetros del deber positivo tienen un impacto muy penetrante en todos los aspectos de la formulación y de la práctica del sistema penal, desde el trabajo legislativo de tipificación hasta la ejecución de la pena. Además, la Corte es de la opinión que estos parámetros de las obligaciones positivas han alcanzado carácter de *ius cogens* desde hace mucho tiempo. En un reciente caso, *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH no deja imprecisión al respecto:

“Esta Corte ha destacado que la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*”.³²

Estos parámetros incluyen también que son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones. Las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de diseños institucionales que permitan que este derecho se realice de la forma más idónea, participativa y completa posible, y que no enfrente obstáculos legales o prácticas que lo hagan ilusorio. Además, el Estado debe asegurar que los reclamos de reparación, formulados por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y/o sus familiares, no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos.

¿Cuáles podrían ser los obstáculos a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos al nivel nacional? En el siguiente apartado responderemos esta pregunta.

4. (In)cumplimiento del deber positivo por parte de la trías política en materia penal

Cuando la Comisión de Derechos Humanos de la ONU elaboró en el 2005 un conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, incluyó en el texto también un capítulo especial sobre medidas restrictivas.³³ El Artículo 20° fue formulado de la siguiente manera:

32 Corte IDH. *Caso Gelman v. Uruguay*, párrafo 183 que se refiere a los casos *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia del 22 de septiembre 2006, Serie C, N° 153, párrafo 84; el Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Sentencia 24 de noviembre, 2010, Serie C, N° 219, párrafo 137 y el Caso *Ilsen Cárdenas e Ilsen Peña vs. Bolivia*. Sentencia del 1 de septiembre 2010, Serie C, N° 217, párrafo 197.

33 Disponible en: <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>>.

“Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre ‘arrepentidos’, la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella”.

En materia de amnistía hay una muy clara posición específica en el Artículo 24°:

“Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata (...)”.

La soberanía en materia de prescripción penal va limitada en el Artículo 23°:

“La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles (...)”.

Está claro que los obstáculos pueden tener relación con el ejercicio del poder respecto de cada uno de los poderes de la *trías política*: el legislativo, el ejecutivo y el jurisdiccional.

El poder legislativo puede crear obstáculos de toda índole. Un obstáculo clásico son las leyes de amnistía y figuras análogas que pueden dar paso a la impunidad. Durante la transición de las dictaduras a la democracia, fueron adoptados en América Latina diferentes conceptos de amnistía. Algunas eran absolutas en referencia a los autores de crímenes, el tipo de crímenes y su responsabilidad penal, las llamadas amnistías en blanco. Otras eran selectivas al respecto o se limitaban a hacer imposible la acción penal. Algunas otras eran auto-amnistías; otras eran amnistías por decisión democrática (en algunos casos por el parlamento y por referéndum). La terminología de leyes de punto final a leyes de caducidad ya refleja la variedad.

También, en países con un conflicto interno existente, como Colombia, han sido introducidas

formas de justicia transicional. Un ejemplo es la Ley de Justicia y Paz,³⁴ que contempló una forma análoga a la amnistía o amnistía de facto a los desmovilizados paramilitares. Se otorgaban penas limitadas, cuyo máximo era de 8 años, para las violaciones más serias de derechos humanos incluyendo conductas que podrían relevar la competencia de la Corte Penal Internacional, como crímenes contra la humanidad y violaciones al derecho internacional humanitario.

La Corte IDH tiene una vasta jurisprudencia sobre la incompatibilidad de leyes de amnistía y figuras análogas. En el reciente caso *Gelman vs. Uruguay*³⁵ resume su posición al respecto:

“Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay (...) El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional (...) La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, (...) La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías.”³⁶

Por otro lado, también el poder ejecutivo puede crear una gran cantidad de obstáculos, sobre todo, cuando se trata de la criminalización secundaria. La capacidad y la voluntad del Estado de investigar y juzgar de manera eficaz los delitos internacionales dependen

34 José Arvelo, “International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process”, en: *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 37, N° 2, 2006. Disponible en: <<https://articleworks.cadmus.com/geolaw/zsx00206.html>>.

35 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Párrafo 193.

36 Ibid. Párrafos 232, 238 y 239.

en gran medida de la organización y profesionalidad de los cuerpos de aplicación de la ley (superintendencias, policía, policía judicial, fiscales, etc.) y la estructura de servicios forenses. Existen, también, decisiones puntuales del ejecutivo que pueden afectar de manera sustancial el ejercicio de la acción penal. Un ejemplo ilustrador nos lo aporta la realidad colombiana.

En el marco de las reglas de justicia penal transicional establecidas por la Ley de Justicia y Paz, se desmovilizaron importantes franjas de grupos paramilitares. Sus dirigentes confesaron muy graves y masivas violaciones de derechos humanos y delitos internacionales, teniendo la seguridad de que la pena máxima era de 8 años. La Corte Constitucional de Colombia, retirando del texto algunas disposiciones inconstitucionales, declaró el diseño conforme a la Constitución, teniendo en cuenta las normas imperativas de derechos humanos que, en Colombia, son parte del bloque de constitucionalidad.³⁷

Determinar si este marco punitivo favorable, que podría ser calificado como un “*derecho penal del amigo*”, resulta verdaderamente compatible con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, es competencia de la Corte IDH. Este es un punto sobre el cual la Corte IDH se ha pronunciado en 2007 en los siguientes términos:

“Dado que existe incertidumbre sobre el contenido y alcance preciso de la Ley 975, que se encuentran en desarrollo los primeros actos del procedimiento penal especial que podría permitir la concesión de beneficios penales para personas que han sido señaladas de tener alguna vinculación con los hechos de la masacre de La Rochela, que aún no existen decisiones judiciales al respecto, y dadas las solicitudes de la partes, la Corte estima oportuno indicar a continuación, con base en su jurisprudencia, algunos aspectos sobre principios, garantías y deberes que debe observar la aplicación del referido marco jurídico de desmovilización”.³⁸

En las líneas siguientes, la Corte IDH indica que el régimen de justicia transicional debe cumplir con los requerimientos del deber positivo de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.³⁹ La Corte IDH subraya todos los requerimientos pero en abstracto, más allá de su aplicación al caso colombiano en específico. Por ejemplo en relación con la pena, la Corte IDH declara:

“En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima

37 Ver Sentencia Corte Constitucional de Colombia, C-370/06.

38 Corte IDH. *Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia*. 2007. Párrafo 192.

39 Ibid. Párrafo 193-198.

oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos (...) En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal”⁴⁰

Si la Ley de Justicia y Paz tiene una correspondencia con los criterios de una justicia eficaz y equitativa, a la luz del test de admisibilidad y complementariedad que prevé el artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, esto dependerá de la evaluación discrecional del Fiscal del CPI,⁴¹ que por ahora tiene a Colombia bajo investigación preliminar y no ha presentado ninguna iniciativa para abrir una investigación formal sobre la situación de este país. Fuera de estas dudas sobre el marco legislativo como tal, es de particular interés que el gobierno de Uribe haya decidió extraditar a los dirigentes más importantes de los grupos paramilitares a Estados Unidos por delitos de narcotráfico. Jurídicamente, estas extradiciones no impiden su posterior responsabilidad por delitos internacionales.

Sin embargo, en la práctica, la extradición ha limitado en gran medida la investigación en contra de estas personas y ha creado un obstáculo importante en el ejercicio de la acción penal. En el informe especial del 2007 de la Comisión IDH, esta subraya los esfuerzos del gobierno colombiano, pero expresa también una serie de preocupaciones:

“Los circuitos jurídicos previstos para el proceso de desmovilización de los miembros de las AUC reflejaron una falta de sistematización de los mecanismos destinados a identificar y determinar la responsabilidad penal por la comisión de crímenes. Los vacíos e inexactitudes generados en esa primera etapa tienen repercusión negativa en los procesos investigativos adelantados en aplicación de la Ley de Justicia y Paz y pueden llevar a la impunidad de los numerosos crímenes no confesos por los cuales no se adelantan investigaciones judiciales (...) Es incierto el panorama sobre el desmonte efectivo de las estructuras armadas del paramilitarismo y la genuina participación de los cuadros armados de las AUC en el proceso de desmovilización. Si bien el número de desmovilizados que han recibido beneficios procesales y económicos supera con creces la cifra estimada de miembros de las AUC, el fenómeno de las estructuras armadas ilegales permanece presente en las

40 Ibid. Párrafo 196.

41 Otras posibilidades, auto-referencia por Colombia o referencia por parte del Consejo de Seguridad con decisión unánime, no parecen vías realistas en el caso colombiano.

mismas áreas del país”⁴²

En el año 2011, la Comisión IDH sometió el caso *Marino López y otros (operación Génesis) vs. Colombia* a la Corte IDH. Dicha actuación estatal se trató de una operación militar de contrainsurgencia llevada a cabo conjuntamente con grupos para-militares. La Comisión concluyó que los hechos materia de pronunciamiento constituyeron un crimen de lesa humanidad en contra de la comunidad afrodescendiente. Algunos autores de tal evento fueron imputados en el marco de la Ley de Justicia y Paz. Sin embargo:

“La Comisión concluyó que las investigaciones no se llevaron a cabo de manera rápida y eficaz ni se examinó la multiplicidad de violaciones ocurridas durante la “Operación Génesis”, las incursiones paramilitares, las violaciones ocurridas como producto de éstas y el desplazamiento forzado que ocasionaron. Asimismo, la Comisión concluyó que los tribunales de justicia actuaron con falta de diligencia para impulsar el procedimiento penal tendiente a esclarecer los hechos de violencia y sancionar a sus responsables, por lo que los hechos permanecen en la impunidad”⁴³

En la sentencia del 2010 recaída en el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, la Corte IDH dedicó un apartado especial a los alegados obstáculos en la investigación por la desmovilización de paramilitares, dado que los demandantes argumentaron que uno de los autores del homicidio se benefició de la Ley de Justicia y Paz. Señalaron que el líder del comando paramilitar (Castaño Gil) no fue interrogado sobre la muerte de Cepeda Vargas y que las extradiciones de jefes paramilitares podrían obstaculizar la obtención de pruebas. Sobre el último argumento, el Estado colombiano informó a la Corte que ha adoptado medidas para que las extradiciones no tengan un impacto negativo en la continuidad de los procesos que se están tramitando. De modo tal que se realizarían diligencias y procedimientos judiciales a través de audiencias virtuales y videoconferencias. Sin valorar la respuesta de Colombia, la Corte IDH emite una clara advertencia:

“Al respecto, es preciso recordar la reiterada jurisprudencia de este Tribunal que establece que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. Un estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras que atenten contra

42 Comisión IDH. *Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: Etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales*. 2007. Párrafo 109. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia2007sp/Col07indice.sp.htm>

43 Comisión IDH. *Informe anual 2011*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>.

las obligaciones internacionales pertinentes. De tal manera, la aplicación de figuras como la extradición no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad. Por ello, en las decisiones sobre la aplicación de estas figuras procesales a una persona, las autoridades estatales deben hacer prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos”⁴⁴

En los casos de las solicitudes de extradición por parte de Estados Unidos a Colombia, durante los años 2008-2009,⁴⁵ la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia emitió una serie de opiniones favorables respecto a la extradición de casi veinte dirigentes paramilitares. Sin embargo, la salida del país de dichos dirigentes estaba condicionada a que estos respondieran por las graves violaciones a los derechos humanos que habían perpetrado. Esta condición se fundamentaba en el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, conforme lo previsto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, el Ejecutivo no cumplió con dicha condición y extraditó a los dirigentes paramilitares. En 2009, la Sala de Casación Penal⁴⁶ emitió por primera vez una respuesta negativa respecto a la solicitud de extradición de un dirigente paramilitar que, anteriormente, se había acogido a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz. Los argumentos de la Sala fueron los siguientes: 1) se estaría vulnerando el espíritu de la Ley de Justicia y Paz; 2) se desconocerían los derechos de las víctimas; 3) se traumatizaría el funcionamiento de la administración de justicia colombiana y 4) la gravedad de los delitos por los cuales se solicita la extradición es menor respecto de los delitos que se le imputan en Colombia:

“No cabe duda que la gravedad del narcotráfico palidece frente a los delitos de genocidio, homicidio en persona protegida, desaparición y desplazamiento forzados, tortura, y otros, cometidos durante las últimas décadas por los miembros de los grupos paramilitares desmovilizados (...) Tal imperativo tiene una connotación superior cuando se trata de delitos de lesa humanidad, situación en la que se encuentran los desmovilizados que han sido postulados para los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, en tanto que su obligación consiste en rendir versiones libres en las que deben confesar de manera veraz y completa los delitos cometidos (...) Teniendo en cuenta que los reatos ejecutados por los postulados se refieren a desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, torturas, homicidios por razones políticas, etc.,

44 Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. 26 de mayo de 2010. Párrafo 12.

45 Para un análisis profundo ver: Comisión Colombiana de Juristas. *Colombia: la metáfora del desmantelamiento de los grupos militares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*. Bogotá, 2010. Disponible en: <http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/la_metafora.pdf>.

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Bogotá, 19 de agosto de 2009. Proceso 30451.

y como dichos punibles se entienden comprendidos dentro de la calificación de delitos de lesa humanidad, tal valoración se debe extender al denominado *concierto para delinquir agravado* en tanto el acuerdo criminal se perfeccionó con tales propósitos”.⁴⁷

A la luz de estas constataciones por parte de la Sala de Casación de la Corte Suprema, debe señalarse que el regreso de los dirigentes paramilitares extraditados (es decir, el marco de la cooperación internacional en materia penal) para responder por las sospechas de delitos internacionales en Colombia no ha sido negociado con Estados Unidos. Al respecto, se ha podido constatar que las extradiciones han interrumpido la realización de las diligencias judiciales colombianas respecto a los delitos internacionales, visto que las autoridades judiciales no tienen los medios para dar continuidad al proceso, privando así a las víctimas de justicia, verdad y reparación.

Recientemente, ha salido a la luz que, en los casos de condena de miembros de grupos paramilitares, no se asegura que Estados Unidos los trasfiera a Colombia, visto que algunos son también testigos protegidos del Departamento de Justicia.⁴⁸ Cabe señalar que en el año 2012, la Sala de Casación de la Corte Suprema emitió una nueva respuesta favorable de extradición de un jefe paramilitar. La motivación empleada por la Sala resulta sorprendente, pues señaló que había una necesidad de replantear su jurisprudencia, visto que los procesados en el marco de la Ley de Justicia y Paz no han cumplido, después de 7 años, con esclarecer la verdad o reparar a las víctimas.⁴⁹

El tercer poder de la trias política llamado a cumplir con el deber positivo es el poder jurisdiccional. Quisiera enfocar mi análisis respecto a cuáles son los efectos en un poder jurisdiccional penal confrontado con un poder legislativo nacional que, por negligencia o por deliberada acción política, ha preferido no cumplir con el Derecho Internacional Público imperativo en materia de masivas violaciones de derechos humanos y delitos internacionales. Este incumplimiento puede consistir en la falta de tipificación de ciertos delitos, en su tipificación limitada (elementos sustantivos, elementos morales, autores, etc.) o limitando la acción penal con términos de prescripción, etc.

Un ejemplo de lo anterior son los casos post amnistía frente a la inadecuada tipificación de los delitos por graves violaciones de derechos humanos. Una vez finalizada la aplicación de las leyes de amnistía revive el *ius puniendi* del Estado *vis-à-vis* de los presuntos responsables

47 Ibid. Párrafo 40.

48 Ver: El Tiempo. ‘Don Berna’ no pagaría cárcel en Colombia. Noticia del 4 de septiembre 2012.

49 Extradición 35630, Carmen Gelves Albarracín, 14 de agosto 2012.

y revive el ejercicio de la acción penal. Siendo así, corresponde al poder jurisdiccional aplicar la ley penal en vigor. El resultado de una criminalización primaria inexistente o limitada es, obviamente, que la criminalización secundaria (la actividad del sistema penal) y la criminalización terciaria (la ejecución de las sanciones penales), en relación con delitos internacionales, se vean seriamente afectadas en su eficacia y, por consiguiente, en su aporte a la lucha contra la impunidad. Sin embargo, el Estado, incluyendo el poder jurisdiccional penal, tiene la obligación de cumplir con el deber positivo de investigar, perseguir, juzgar y castigar graves violaciones de derechos humanos (es decir, perseguir los delitos internacionales).

En mi opinión, aún en el caso que no existiese un Derecho Internacional Público convencional al respecto y/o una tipificación de este *delicta iuris gentium* a nivel nacional, la fuente jurídica de la obligación, para la persona física o jurídica, estaría fundamentada en el derecho consuetudinario con carácter de *ius cogens erga omnes* contra estos crímenes internacionales. En otras palabras, el *ius cogens erga omnes* tendría como consecuencia que se produzca una aplicación directa de *delicta iuris gentium* en el ordenamiento jurídico interno. Así pues, se estaría creando, por sí sola, base jurídica para la responsabilidad penal por la comisión de tales delitos, independientemente de provisiones constitucionales o provisiones del sistema penal.

Esta materia es mucho más delicada que la responsabilidad del Estado por violación del Derecho Internacional Público (de derechos humanos) a la luz de la *core delicta iuris gentium* o de los derechos que pueden derivar de los sujetos activos de Derecho Internacional Público (de derechos humanos) en relación con el *core delicta iuris gentium*. Un ejemplo de lo dicho resulta ser el derecho a la verdad y el derecho a una justicia penal eficaz en relación con serias violaciones de derechos humanos que afectan la comunidad internacional y su conciencia en su conjunto.

La responsabilidad penal de un *communis hostis omnium*⁵⁰ o de un *hostis humani generis*⁵¹ sin clara definición de la conducta en su aspecto material (*actus reus*) y en su aspecto moral (*mens rea*), y sin clara definición de la pena aplicable en Derecho Internacional Público convencional, pone obviamente en peligro uno de los principios básicos del Estado de derecho y del derecho penal liberal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimen*. También mina toda la clásica teoría del delito que exige la aplicación de *lex certa* y *lex praevia* para la tipicidad y criterios pre-establecidos para determinar la culpabilidad.

50 "Pirata non est perduellium numero definitus, sed communis hostis ómnium". En: Cicero. *De Officiis*. Libro 3, cap. 29.

51 Grotius. *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, Vol. 2, Cap. 20, § 40.

La previsibilidad por parte del ciudadano no se limita al conocimiento de la inmoralidad de la conducta, sino que implica la previsibilidad del ilícito penal y de la pena aplicable. En el caso del *delicta iuris gentium*, nos encontramos no solo ante la falta de taxatividad de la costumbre en el momento de los hechos, sino también completa indeterminación de la pena. Hay solo previsibilidad del bien jurídico afectado, pero no hay previsibilidad de la tipicidad penal de la conducta en su aspecto material y moral, ni de la pena, ni de los criterios de imputación de culpabilidad, ni de las reglas de prescripción o de cooperación internacional en materia penal, etc.

¿Es el derecho de costumbre de carácter *ius cogens*, incluyendo crímenes de lesa humanidad no codificados, solamente *self-executing* para los Estados-naciones o también para sus sujetos pasivos? Es decir, ¿es también fuente de obligaciones penales para personas naturales y/o jurídicas y no solo fuente de derechos y remedios para los sujetos activos?

El desarrollo del Derecho Internacional Público de Derechos Humanos hacia el carácter de *ius cogens* del deber positivo de investigar, perseguir y castigar las graves violaciones de derechos humanos no resuelve el problema, visto que se trata de responsabilidad estatal y no penal. Obviamente, como hemos visto en la primera parte, la responsabilidad estatal puede ser generada por obstáculos derivados del sistema penal, en la legislación y en la práctica, es decir con relación con el poder legislativo, ejecutivo y jurisdiccional.

También está claro que la jurisprudencia de la Corte IDH no crea, por si misma, fundamento legal de responsabilidad penal. Las normas de derechos humanos establecen principios y derechos que garantizan la dimensión sustancial de la justicia; sin embargo, con esto todavía no tenemos tipificaciones de derecho penal, solo obligaciones y principios que afectan el sistema penal, vía la obligación del Estado.⁵²

El problema es particularmente agudo cuando Estados que tienen en su territorio una práctica estructural de graves violaciones de derechos humanos y de comisión de crímenes internacionales excluyen conscientemente de su legislación penal ciertas tipificaciones de los crímenes internacionales y/o de las convenciones y/o del Estatuto de Roma en particular, con el objetivo de eludir responsabilidad penal de sus agentes y sus aliados, atribuyendo así impunidad a presuntos autores de muy graves violaciones de derechos humanos. Dichas exclusiones pueden incluir violaciones masivas y estructurales por parte de agentes del estado o fuerzas particulares bajo su control, como fuerzas paramilitares o fuerzas de auto-defensa. Esta situación es también sindicada como macro-criminalidad de estado o

52 Diego García Sayán. "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 330.

terrorismo de estado).⁵³

Poco a poco, los *delicta iuris gentium* fueron elaborados, después de la Segunda Guerra Mundial en múltiples convenios internacionales suscritos por la mayoría de Estados. Son convenios que establecen el puente entre el Derecho Internacional Público de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal. Aquí algunos ejemplos: La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio entró en vigor en 1951. En el Artículo 5 de dicho dispositivo, los Estados firmantes se comprometen a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio. En 1970 entró en vigor la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En 1987 entró en vigor la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes. En 1994 se adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que también contiene obligaciones penales para los Estados-partes.

Este proceso de elaboración de derecho positivo internacional en la materia culminó con su cristalización en el Estatuto de Roma, como base de jurisdicción para la Corte Penal Internacional. Sin embargo, esta elaboración de derecho positivo a nivel internacional no ha resuelto completamente el problema de *lex praevia*, *lex certa* a nivel nacional.

En primer lugar, la positivización de estos *delicta iuris gentium* no es completa: los convenios y el Estatuto no abarcan la totalidad de estos crímenes internacionales y el contenido mismo del concepto *delicta iuris gentium* es objeto de discusión permanente según la evolución histórica. En segundo lugar, estos convenios internacionales y el Estatuto de Roma no han anulado completamente el vacío legislativo a nivel nacional ya que no todos los Estados son parte de las convenciones y del Estatuto. En caso de ratificación e incorporación, el legislador no siempre ha cumplido con adoptar la totalidad del núcleo duro de crímenes internacionales, los mismos que se encuentran recogidos en los instrumentos internacionales sobre la materia. Esta constatación es sorprendente, visto que existe, desde hace ya largo tiempo, la obligación de un *deber puniendi*. Este deber encuentra su base tanto en la jurisprudencia de la Corte IDH, así como en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Este último instrumento internacional recoge una obligación explícita en el preámbulo (párrafos 4-6) referente a luchar contra la impunidad, investigar y juzgar los crímenes internacionales de competencia de la Corte.

La Corte Constitucional Colombiana tiene el mérito de haber elaborado una importante doctrina sobre el bloque de constitucionalidad, la misma que incluye el Derecho

53 Ver Corte IDH. *Caso Gelman vs Uruguay*. Op. Cit.

Internacional Humanitario y el derecho imperativo de los derechos humanos por su carácter de *ius cogens*.⁵⁴ La Corte se ha pronunciado, también, sobre el estatus de los delitos internacionales, especialmente sobre su núcleo duro, el cual es de competencia de la Corte Penal Internacional. Aunque esta posición afecta al *adagium principis legibus solutis est* y, por ende, la soberanía nacional, no afecta directamente la génesis de tipificaciones. Cuando, según la Corte Constitucional, los derechos constitucionales son el fundamento y límite del poder punitivo,⁵⁵ esto resultaría compatible con los delitos internacionales de carácter *ius cogens*, que tendrían validez *per se* en el orden jurídico interno, sin que haya voluntad explícita del legislador de tipificación y, por tanto, se generaría una fuente de obligaciones penales para el ciudadano.

La Corte Constitucional Colombiana ha tenido que pronunciarse sobre diferentes aspectos de los delitos internacionales. En especial, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de las tipificaciones del genocidio y la desaparición forzada, tipos penales que fueron recogidos solamente en la Ley 589 del 2000. Es decir, se puede constatar que el legislador cumplió, de manera tardía, con sus obligaciones internacionales respecto a la tipificación de graves violaciones de derechos humanos, las cuales se traducían en delitos internacionales. No solo lo hizo tarde, sino también con elementos sustantivos particulares. De hecho, el artículo 322° limitó la protección contra el genocidio a grupos (nacionales, raciales, religiosos o políticos) “que actúen dentro del margen de la ley”. La Corte declaró esta limitación inexequible⁵⁶ por ser demasiado restrictiva a la luz del Derecho Público Internacional de Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y los convenios contra delitos internacionales. Además, la Corte considera que la garantía de la dignidad humana, de los derechos a la vida y a la integridad personal no admiten diferenciaciones de trato en función a la legalidad de la actividad desplegada por los sujetos destinatarios de la protección.⁵⁷

El mismo problema se planteó con la definición de desaparición forzada, limitándola en el Artículo 165° del Código Penal colombiano a cuando “*el particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad*”. La Corte Constitucional declaró inexequible la limitación y determinó que la desaparición forzada es un delito que puede ser cometido por cualquier particular, sin ninguna calificación.⁵⁸

La Corte Constitucional no solo garantizó una tipificación con elementos materiales conforme con el deber positivo, sino que, además, ha decidido en ciertas ocasiones

54 Ver, por ejemplo, las Sentencias C-574/92 y C-225/95.

55 Ver Sentencia C-038/95.

56 El juicio de exequibilidad realizado por la Corte Constitucional de Colombia consiste en determinar si es que una ley es acorde o no con la Constitución Política. Al respecto, se puede consultar el artículo 241 de la Constitución colombiana.

57 Ver Sentencia C-177/01.

58 Ver Sentencia C-317/02.

flexibilizar el principio de legalidad penal nacional. En el asunto C-127/93, declaró exequible un decreto de emergencia terrorista con tipos penales abiertos, aludiendo a los delitos internacionales con carácter de *ius cogens*, y refiriéndose al principio de legalidad del Artículo 15 (incisos 1 y 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece un principio de legalidad penal nacional o internacional. Así pues, dejaba abierta la posibilidad de una condena basada en un comportamiento delictivo no definido en el derecho nacional, pero derivado de los principios generales del derecho internacional.

Por fin, en su sentencia C-580/02, la Corte Constitucional confirma que el Derecho Internacional Público de carácter *ius cogens* obliga a los Estados a considerar la desaparición forzada como un delito de ejecución permanente o continuada. En ese sentido, no se trata de retroactividad de la norma penal en el caso de tipificación posterior a los hechos y, además, tampoco se viola la imprescriptibilidad constitucional de todos los delitos. Sin embargo, la misma Corte también reconoce que el deber positivo de carácter *ius cogens* no resulta directamente aplicable en los ordenamientos internos cuando se trata de tipificaciones o instrumentos de cooperación judicial en materia penal. Al respecto, señala que son los propios Estados los que tienen que desarrollar las herramientas para dar contenido al deber positivo del Derecho Internacional Público de Derechos Humanos.⁵⁹

Este problema se plantea en particular con los crímenes de lesa humanidad como categoría autónoma, fuera del contexto de conflicto armado interno o internacional. Colombia firmó el Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1997 y lo aprobó mediante la Ley 742 de 2002. Sin embargo, Colombia no ha cumplido con la tipificación de los crímenes de lesa humanidad, en conformidad con lo establecido por el Estatuto.⁶⁰

Todos estos problemas se presentaron en casos penales, sea de la justicia penal ordinaria, sea dentro el marco de la Ley de Justicia y Paz. En la sentencia *Plazas Vega*, el Tercer Juzgado Penal de Bogotá⁶¹ tuvo que pronunciarse sobre la aplicación de la tipificación de desaparición forzada agravada⁶² y secuestro agravado (ambos supuestos incompletamente tipificados en 1980) en relación con los hechos en el Palacio de Justicia acaecidos en 1985, cuando solo existían secuestro simple y desaparición simple, ambos prescritos en el caso.

A pesar de que Colombia no ratificó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los

59 En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala De Casación Penal, Proceso N° 32022. Decisión del 21 de septiembre de 2009.

60 Diana Fernández Mejía. "El crimen de lesa humanidad y la ausencia de consagración en la ley penal colombiana", en: *Problemas contemporáneos del Derecho I*. Colombia: Ed. Bonaventuriana, 2010, p. 127 – 139. Disponible en: <<http://investigaciones.usbcali.edu.co/pcd/images/stories/crimen.pdf>>.

61 Sentencia disponible en: <http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Caso-Palacio-de-justicia-DP4.pdf>.

62 Kai Ambos (Coord). *La desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis, 2009.

Crímenes de guerra y de lesa humanidad, la Corte condenó al imputado por los delitos nuevos, basándose en la noción de ejecución permanente elaborada por la Corte IDH.⁶³ Por ende, la imprescriptibilidad de la acción penal, basándose en el Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, resultaba parte integrante del bloque constitucional colombiano.⁶⁴ En el 2012, Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la condena⁶⁵ basándose en la misma argumentación. Las sentencias fueron duramente criticadas en la doctrina penal nacional.⁶⁶ Los detractores fundamentaban sus críticas en la reserva de la ley nacional y en el principio de legalidad penal nacional.

En el caso *J. Armando Arias Cabrales*, el Juzgado Penal de Bogotá,⁶⁷ también en relación con las desapariciones forzadas en el Palacio de Justicia, opta claramente por la aplicación directa de delitos internacionales, desvinculándose del derecho interno. Al respecto, señala:

“Realizando un análisis integral de la previsión precedente, se llega a la conclusión de que si una acción humana encuentra reproche punitivo en el ámbito de las naciones, pero no en el orden interno, ello no obsta para que se juzgue al infractor, en tanto que no existe en ese evento específico vulneración a la legalidad ni a la irretroactividad de la ley penal, pues al hallarse contemplada la transgresión en preceptos supranacionales se preservan esas garantías de carácter *ius fundamental*, encontrándose legitimada la persecución punitiva, la que además resulta obligatoria para la Administración.”⁶⁸

El mismo problema se planteó de manera mucho más aguda en el marco de la Ley de Justicia y Paz, donde correspondió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema⁶⁹ determinar, en el caso de la Masacre de Segovia, si una conducta cometida con anterioridad a la expedición de la Ley 589 de 2000 podía ser catalogada como punible bajo la descripción de delito de genocidio. Esto pese a que, en dicho momento, este tipo penal no se había consagrado en la

63 Corte IDH. *Caso Tojin vs. Guatemala*. 26 de noviembre 2008.

64 En línea con Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 3 de diciembre de 2009, radicación 32672 (Caso Salvador Arana Sus) y Corte Constitucional, sentencia C-370/06.

65 Sentencia disponible en:

<http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/Radicado_11_001_07_04_003_2008_00025_09_-_Sentencia_segunda_instancia.pdf>.

66 Ver Christian Wolffhügel Gutiérrez. “La prohibición de retroactividad”, en: *Anuario de Ciencias Penales*, N° 4, 2010 (disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Prohibicion-retroactividad-christian-wolffhugel-gDP4.pdf) y Ricardo Posada Maya. “Los delitos de lese humanidad”, en: *Anuario de Ciencias Penales*, N° 4, 2010 (disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Delitos-de-lesa-humanidad-ricardo-posadaDP4.pdf).

67 Causa N° 2009-0203, 51 Juzgado Penal, Circuito Bogotá, 28 de abril 2011.

68 Ver también a Federico Andreu-Guzmán. “Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema”, en: AA.VV. *Retos de la Judicialización. En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005.

69 Sentencia disponible en:

<<http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Comunicorte/Decisiones/CESAR%20P%C3%89REZ%20GARC%C3%8DA%20AUTO%20QUE%20AVOCA%20CONOCIMIENTO%20MAYO%2013-010.pdf>>.

legislación penal interna, pero el mismo encuadraba ya dentro de las exigencias de tratados internacionales. La Sala concluye claramente:

“(…) que los homicidios múltiples perpetrados (...) en la población de Segovia presuntamente pueden ser constitutivos de **crimen de macrovulneración** (como los delitos de lesa humanidad, tales como persecución política, el genocidio y/o concierto para delinquir), en los términos ya definidos en esta providencia, y como tal, no opera a favor de los autores o partícipes que no han sido juzgados y decidida en forma definitiva su responsabilidad, el fenómeno de la prescripción, por tratarse de un delito de lesa humanidad imprescriptible” (Menciones en negrita del autor).

En la sentencia recaída en el caso *Masacre de Salao*, Expediente N° 33039, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema⁷⁰ se adhiere completamente al criterio de la legalidad del Derecho Internacional Público, evocando que la flexibilidad de la legalidad penal nacional se explica en que, con frecuencia, se trata de una manifestación delincuenciales auspiciada (o sistemáticamente cometida) por los Estados totalitarios, los cuales no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos. La Corte añade:

“En este sentido, no puede ser aceptable que por la negligencia o dificultad legislativa en promulgar leyes internas que se hubiesen adecuado a dichos derroteros, se pretenda desconocer que a nivel internacional, previo a dicho trámite, ya se había proscrito la comisión del genocidio y se le había categorizado como un crimen atroz desconocedor de la humanidad, así como que su investigación puede hacerse en cualquier tiempo y, en razón de ello, no aplican reglas ni términos de prescripción respecto de ejercicio de la acción penal, civil o administrativa”.

Esta decisión fue vigorosamente criticada por Velásquez Velásquez,⁷¹ quién constata que, para determinar el contenido de la tipificación penal, el principio clásico de legalidad se flexibilizó a tal manera que estamos completamente en manos de los jueces.

5. Conclusiones

Para garantizar el derecho del ciudadano a la buena administración de justicia, cada poder tiene que asumir su responsabilidad. El hecho de que haya tanta discusión sobre el alcance

70 Sentencia disponible en: http://www.observatorioddr.una.edu.co/ambitojuridico/catalogo_juridicojyp/33039_16-12-10.pdf.

71 Fernando Velásquez Velásquez. “La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad”, en: *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 7, 2012. Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/JURISPRUDENCIA/Flexibilidad_legalidad/Flexibilidad_legal.pdf.

del (i) deber positivo de investigar, perseguir, juzgar y castigar y sobre (ii) la interacción entre derechos humanos y derecho penal nacional, se debe fundamentalmente al hecho de que la legalidad internacional tiene carácter imperativo sobre la legalidad nacional. Además, dicha discusión también se debe a que, en materia penal, esta legalidad internacional carece en algunos casos de taxatividad respecto de la relación con los elementos sustantivos y subjetivos del delito y/o de la pena.

Determinar en qué medida los delitos internacionales, consagrados en el Derecho Internacional Público, podrían tener validez automática en el derecho interno sin que haya tipificación nacional al respecto es, claramente, el núcleo duro de la cuestión.

La Corte Constitucional Colombiana no ha defendido esta tesis,⁷² pero tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema han utilizado los derechos humanos para interpretar y aplicar la normativa vigente nacional. Que del carácter permanente y continuo de la desaparición forzada puedan resultar aplicaciones de nuevos tipos me parece una puesta en práctica aceptable, visto que los posibles autores pueden poner fin a la desaparición forzada. En este caso no hablaría de *lex gravior* con retroactividad. Otro asunto muy distinto es la aplicación de tipos penales internacionales sin ningún tipo de partida en el derecho nacional como, por ejemplo, el genocidio.

El hecho que la jurisprudencia se haya visto atrapada entre dos conjuntos de normas, las derivadas de los derechos humanos (deber positivo, *ius cogens*, delitos internacionales) y las derivadas del derecho penal (principio de legalidad penal, reserva de ley), no es culpa del bloque constitucional colombiano o de la jurisprudencia constitucional sobre el tema. El problema se debe, en gran medida, a la falta de actuación o actuación tardía, o incompleta, de parte del legislador nacional, que por su ausencia o deliberada opción, ha preferido dejar de cumplir con la parte legislativa del deber positivo. Es decir, ha fomentado la impunidad respecto a graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales. El resultado es que la jurisdicción penal nacional ha tenido que aplicar una legalidad internacional de derechos humanos para salvar la justicia:

“(...) La comunidad universal y la conciencia de la humanidad se convirtieron así en los destinatarios de la protección ofrecida por tal principio de legalidad internacional, de suerte que se modificó, tanto la dimensión a proteger (de lo local a lo global), como la fuente normativa del derecho a aplicar y su redactor. (...) Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del

72 Ver Sentencia C-588/02.

derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad (...).⁷³

Para evitar que los jueces se conviertan en legisladores o, peor aún, en profetas (de la ley), es necesario que los delitos internacionales se tipifican con taxatividad en el Derecho Internacional Público y que se elaboren mecanismos de monitoreo político dentro de la ONU y OEA, vinculados al trabajo de la Comisión IDH, para presionar y obligar a los poderes legislativos nacionales a cumplir con las obligaciones imperativas del *ius cogens*. En caso contrario, la estricta aplicación de la legalidad penal se convierte en un derecho justo formalmente, pero que no cumplirá con el concepto de un derecho penal justo sustantivamente, pues estaría contribuyendo a la impunidad de graves violaciones de derechos humanos.

A esto debe añadirse la importancia de la existencia de normas inspiradas en los principios de buen gobierno, que contribuyan a garantizar la aplicación de políticas anticorrupción en el ámbito de la justicia penal. El buen gobierno en materia penal, como forma de contribuir al eficaz y eficiente funcionamiento del sistema de justicia penal, tiene incidencia directa el respecto de los derechos a la justicia y a la verdad, en especial cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos.

En graves violaciones de derechos humanos fuera del ámbito de los delitos internacionales, donde no rige el *ius cogens*, es igualmente importante que los Estados cumplan con el deber positivo. Una política anti-corrupción y una buena administración de justicia penal son el *condition sine que non* para que se pueda cumplir con los lemas de ambas universidades: “*Et lux in tenebris lucet*”⁷⁴ y “*Sol iustitia illustra nos*”.⁷⁵

73 Corte Suprema de Justicia. Auto de 16 de diciembre de 2010, Radicación N° 33039.

74 Lema de la Pontificia Universidad Católica del Perú que se traduce como “Y la luz brilla en las tinieblas”.

75 Lema de la Universidad de Utrecht que se traduce como “Luz de Justicia, ilúminanos”.

SOBRE LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL DEL OMBUDSMAN PERUANO PARA ENFRENTAR EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y UN EJEMPLO PARADIGMÁTICO DE SU PRAXIS

*Eduardo Luna Cervantes**

1. Introducción

Hace pocos años, a propósito de una investigación realizada para el Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (PRADPI, por sus siglas)¹, tuve la ocasión de familiarizarme con algunas de las mejores prácticas del *Ombudsman* iberoamericano en la defensa de los derechos fundamentales y constitucionales en sus países, frente a sus respectivas administraciones públicas.

Lo que esta investigación arrojó es que la institución del *Ombudsman* se sitúa, sin duda, en una posición preferente y de prestigio para ser un actor relevante en la lucha contra la corrupción en los Estados; un fenómeno global que arrecia en el mundo y que lo hace con gran intensidad en esta región iberoamericana.

Y es que la vinculación cada vez más evidente entre *Buen Gobierno* y *Derechos Humanos*, relieves el rol de una institución como el *Ombudsman* que levanta las banderas de la transparencia y la *accountability*, como núcleo central de una prédica y cultura organizacional que promueve al interior del Estado y que practica de cotidiano.²

Con todo ello, puede considerarse que, en términos organizativos y de estandarización de procedimientos de actuación, las Defensorías del Pueblo están aún dando sus primeros pasos para hacer frente a esta problemática regional. Por ello, no me parece ocioso cualquier ejercicio dialéctico que se emprenda – como el que me propongo en este breve ensayo – encaminado a consolidar una línea argumental a favor de la legitimación institucional para adentrarse cómodamente en la problemática de la corrupción. También se busca socializar aquellas buenas experiencias de trabajo que hayan tenido un eco positivo para la reforma de políticas gubernamentales anticorrupción.

* Jefe del Programa de Ética Pública, Prevención de la Corrupción y Políticas Públicas de la Defensoría del Pueblo del Perú.

1 Sergio Cámara Arroyo y Eduardo Luna Cervantes. *Mejores Prácticas del Ombudsman en Iberoamérica*. Dykinson: Madrid, 2012, p. 188.

2 Confróntese las buenas prácticas de las que damos cuenta Sergio Arroyo y yo (en el estudio nota *supra* 1), en cuanto al uso eficiente y transparente de recursos de las propias defensorías iberoamericanas. Op. Cit., pp. 138-143.

En este sentido, me ocuparé de explicitar algunos argumentos sobre la legitimación constitucional del *Ombudsman* peruano para inmiscuirse en estas materias, así como reseñar su positiva experiencia de trabajo en pos de la promoción de la ética pública en los programas sociales del Estado.

2. Legitimación constitucional

La corrupción es un fenómeno social complejo que se produce en las relaciones entre ciudadanos y funcionarios públicos –o funcionarios públicos entre sí– e implica, en su ocurrencia, el mal uso del poder público con la intención de obtener ventajas o beneficios indebidos para quienes lo detentan o para terceros allegados a ellos.³

El artículo 162º de la Constitución peruana y el artículo 1º de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de Perú, determinan que a esta entidad le corresponde la defensa de los derechos fundamentales y constitucionales de la persona y de la comunidad, así como la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

En este sentido, la institución defensorial ha entendido que la problemática en torno a la corrupción y a los efectos que ella genera sobre los derechos de la persona y la comunidad política, y el adecuado funcionamiento de la administración estatal, le competen.

El razonamiento que sustenta esta posición de principio radica singularmente en la afectación al principio/derecho a la igualdad y a la no discriminación, así como a los demás derechos relacionados. De igual modo, en la afectación de principios de *Buen Gobierno* en la administración pública peruana.

En efecto, los actos de corrupción suelen comportar una distinción, exclusión o preferencia no justificada entre personas y grupos humanos, por lo que suponen la afectación del principio de igualdad de trato y no discriminación, que debe caracterizar e informar la relación de la administración pública y sus agentes con los ciudadanos. Así, esta afectación puede concretarse a través del ejercicio *ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo, excesivo, arbitrario o negligente*⁴ de las funciones públicas desempeñadas.

En algunas ocasiones, la acción u omisión del mal funcionario en el uso del poder público,

3 Defensoría del Pueblo. *Ética Pública y Prevención de la Corrupción*. Serie Documentos Defensoriales. Documento N° 12, junio 2010, p. 163.

4 Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, artículo 9º.

por su afán de prodigarse un beneficio o ventaja indebida, incide directamente en el goce o ejercicio de derechos fundamentales. Ello ocurre, por ejemplo, con el trato diferenciado que le dispensa el comité seleccionador a un postor que participa en una licitación pública para la construcción de una obra de infraestructura educativa –que representa la propuesta técnica más deficiente a la luz de los requerimientos establecidos en las bases–, en detrimento de otra propuesta que objetivamente resulta ser la mejor sustentada, pero dejada de lado.⁵

En este ejemplo, además de verificarse una infracción al principio a la igualdad, se configura un supuesto de vulneración concreta del derecho a la igualdad de trato; sin perjuicio de la afectación a otros derechos relacionados, como es el caso del derecho de los niños y niñas a recibir educación pública en un ambiente adecuado y seguro para tal fin.

La afectación indirecta a los derechos fundamentales también se evidencia por la repercusión del fenómeno de la corrupción sobre las arcas fiscales.⁶ La merma a los recursos públicos sin duda repercute en el financiamiento –o la falta de éste– para la provisión de servicios básicos a la población (educación, salud, vivienda, justicia, entre otros), así como para paliar la pobreza en el país a través de programas sociales.

La corrupción, además, repercute negativamente en la preservación de los principios de *Buen Gobierno*, como se ha señalado antes. En efecto, ya en el año 2000⁷, la entonces Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas –hoy, Consejo de Derechos Humanos– reconocía que *una gestión transparente, responsable, consecuente y participativa, sensible a las necesidades y aspiraciones de la población, es el fundamento en el que se basa el buen gobierno, y que ese fundamento es condición indispensable para la promoción de los derechos humanos*.

Una gestión transparente supone, de un lado, que la administración estatal publicite y ponga a disposición de cualquiera que lo requiera, información que produzca o posea concerniente a cualquier asunto de naturaleza pública; y, de otro, que reconozca y promueva el ejercicio

5 En la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, este trato diferenciado e inequitativo está en contradicción con principios que rigen las contrataciones públicas, como el principio de *Libre Concurrencia y Competencia*; así como el principio de *Trato Justo e Igualitario* (artículo 4).

6 El nivel promedio anual estimado del costo de la corrupción sobre el presupuesto público peruano, según estimaciones del historiador Alfonso Quiroz, oscila entre el 30% y el 40%; y, entre el 3% y 4% del Producto Bruto Interno en el largo plazo (años de 1820 a 2000). Alfonso Quiroz. *Historia de la Corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos – Instituto de Defensa Legal, 2013, p. 554.

7 Resolución 2000/64 de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. *La función del buen gobierno en la promoción de los derechos humanos*.

del derecho ciudadano de acceder a la información pública de la administración estatal.⁸

Asimismo, debe entenderse que una gestión transparente se caracteriza siempre por optimizar los mecanismos de rendición de cuentas a la ciudadanía para informarla acerca del *qué, para qué y cómo* se emplearon los recursos públicos en la administración estatal; así también para informarla acerca de los resultados y acciones que realicen las autoridades públicas en el desempeño de sus funciones.⁹

La responsabilidad y consecuencia en la gestión pública, alude a la obligación que tienen todos los funcionarios y servidores públicos de cumplir a cabalidad con sus deberes y funciones y conducirse éticamente en el ejercicio de la función pública, vale decir, con probidad, respeto y espíritu de servicio al ciudadano.

La gestión participativa implica que las ciudadanas y ciudadanos organizados puedan intervenir activamente y en pie de igualdad en el diseño, formulación, implementación y evaluación de las políticas públicas; siempre que ello sea posible y conforme a los canales establecidos en el marco normativo e institucional correspondiente.¹⁰

Estos principios de *Buen Gobierno* comulgan con lo que en sede nacional se ha identificado como el *Principio de Buena Administración*¹¹; el cual, según el Tribunal Constitucional peruano, subyace detrás de las disposiciones del Capítulo IV *De la Función Pública*, correspondiente al Título I de nuestra Carta Fundamental; en especial, en normas como

8 Una gestión transparente no es sino la concreción del *principio de publicidad* en la administración pública que identifica a todo Estado democrático; de él tenemos cuenta en el ordenamiento jurídico, por ejemplo, en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, que lo señala expresamente en su artículo 3° y que establece una presunción en su literal 1) “*Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones previstas por (...) la presente Ley*”. El Tribunal Constitucional (TC) igualmente lo confirma cuando señala que “*la publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción*” (Caso *Julia Eleyza Arellano Serquen*, Expediente N° 2579-2003-HD/TC, F.J. 5). Ello sustenta, además, los planes y políticas implementadas por el Estado peruano en materia de portales de transparencia. Asimismo, una gestión transparente se caracteriza por el reconocimiento y promoción del derecho de acceso a la información pública; tanto como derecho individual –interés subjetivo jurídicamente protegido–, como derecho colectivo, “*(...) que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática (...)*” (F.J. 11, STC del 29 de enero del 2003, Expediente N° N° 1797-2002-HD/TC, Caso *Wilo Rodríguez Gutiérrez*).

9 La rendición de cuentas es un mecanismo de transparencia y control de la gestión pública que forma parte del *accountability* o responsabilización que guía a las democracias centradas en el desarrollo ciudadano. Existen dos tipos de rendición de cuentas. La vertical (o control social), es el control que ejerce la ciudadanía sobre el Estado; y, la horizontal (control intergubernamental), es la que se ejerce desde un organismo gubernamental competente hacia las entidades de la administración pública. Entre los mecanismos para la rendición de cuentas tenemos, en el ámbito de los gobiernos regionales, las audiencias públicas (artículo 8°, num. 3, Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales); también registramos manifestaciones de ella en el marco del proceso de presupuesto participativo (Ley N° 28056); en el marco del Sistema Nacional de Control (Ley N° 27785); en el marco de los procesos de transferencia de gestión de autoridades salientes (Ley N° 26997); y, mediante la difusión de información por medio de los portales de transparencia (Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Decreto Supremo N° 043-2003-PCM). Ver: Defensoría del Pueblo. *Manual de Consulta en Materia de Rendición de Cuentas y Portales de Transparencia*. Lima, 2012.

10 Además de los aludidos *supra*, tenemos los mecanismos establecidos en la Ley de Participación Ciudadana, Ley N° 26300; a saber, iniciativa para reforma constitucional, iniciativa en la formación de leyes, referéndum, iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y municipales, entre otros.

11 Cfr. Exps. N° 2235-2004-AA/TC y N° 2234-2004-AA/TC.

las prescritas en el artículo 39º: “[t]odos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación (...)”. O como la contenida en el artículo 44º: “[s]on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. (...)”¹²

Si bien ha sido formulado como principio¹³, no hay un desarrollo jurisprudencial exhaustivo sobre el mismo. El Tribunal Constitucional se ha limitado a señalar que: “(...) dicho principio [de buena administración] quiere poner en evidencia no sólo que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues “están al servicio de la Nación” (artículo 39º de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente. Transparencia que exige que el Estado prevea todos los medios organizacionales, procedimentales y legales destinados a evitar que determinados funcionarios y trabajadores públicos, con poder de decisión o influencia en la toma de decisiones trascendentales para la buena marcha de la administración, puedan encontrarse restringidos en mayor medida que otros servidores públicos en el ejercicio de determinados derechos fundamentales.”¹⁴

Como bien afirma el Colegiado constitucional peruano, en referencia al Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁵, en el sistema jurídico peruano el buen funcionamiento de la administración estatal constituye *un bien de índole constitucional*. La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el

12 “(...) de las normas citadas se concluye que la finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, los derechos fundamentales, el principio democrático, los valores derivados de la Constitución y al poder democrático y civil en el ejercicio de la función pública.” Cfr. Expediente N° 008-2005-AI, FJ. 14.

13 En otros ordenamientos jurídicos, como el derecho comunitario europeo, la Buena Administración es considerada un derecho fundamental para los ciudadanos y ciudadanas de la Unión; así lo prescribe el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, también conocida como la Carta de Niza. Cabe señalar que, en virtud del Tratado de Lisboa, ésta Carta adquiere el rango de Derecho primario de la Unión y, por ende, adquiere fuerza jurídica vinculante:

“Artículo 41 Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

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

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

14 Cfr. Expediente N° 2235-2004-AA/TC, FJ. 10.

15 Convención que ciertamente forma parte del derecho interno peruano en virtud del artículo 55º de la Constitución, y que es canon de interpretación para las libertades y derechos que ella reconoce, en virtud de su Cuarta Disposición Final y Transitoria.

orden moral y la justicia, así como en el desarrollo integral de los pueblos.¹⁶ Los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado.¹⁷ Ello explica por qué la lucha contra la corrupción es considerada un *mandato constitucional*¹⁸ para el poder público.

Por todas estas consideraciones, la Defensoría del Pueblo de Perú es competente para supervisar el cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones legales derivadas del ejercicio de la función pública, así como la implementación de una política pública eficiente y eficaz en la cautela del buen funcionamiento de la administración pública e inoculada contra el fenómeno de la corrupción.

3. Promoviendo la ética pública en los programas sociales del Estado

Habiendo cumplido el primer propósito trazado, al explicitar algunos argumentos sobre la legitimidad constitucional de la Defensoría del Pueblo de Perú para enfrentar el fenómeno de la corrupción, corresponde ahora reseñar una que me parece califica como la experiencia paradigmática de trabajo en este ámbito.¹⁹

Se trata de la investigación (concluida con Informe de Adjuntía²⁰) que realizó el Programa de Ética Pública y Prevención de la Corrupción del *Ombudsman* peruano el año 2010 sobre los riesgos de corrupción en los programas sociales (asistenciales) del Estado, con especial atención en el Programa Nacional de Apoyo Directo a los más Pobres (JUNTOS), que ya beneficiaba en ese entonces a más de dos millones de beneficiarios. El informe se tituló: “Aportes de la Defensoría del Pueblo a la Promoción de la Ética Pública en los Programas Sociales del Estado”.

La investigación se inició, como es común en la defensoría peruana, por quejas recibidas de la ciudadanía. En efecto, entre enero de 2009 y diciembre de 2010, la institución defensorial tramitó 432 quejas referidas a irregularidades en los programas sociales habilitadores del

16 Cfr. Expediente N° 1271-2008-HC; y Expediente N° 019-2005-AI, F.J. 8.

17 Cfr. Expediente N° 00017-2011-PI/TC, F.J. 15.

18 Cfr. Expediente N° 006-2006-AC/TC (Aclaración), F.J. 11.

19 Paradigmática en el sentido que constituye, a mi juicio, un modelo de intervención orgánico en la temática de corrupción; por supuesto, que la experiencia de la defensoría peruana previa es exitosa y vasta. Puede encontrarse una síntesis bastante exhaustiva de ella hasta junio de 2010. Ver en Defensoría del Pueblo. *Ética Pública y Prevención de la Corrupción*. Documento N° 12. Lima, junio 2010, pp.87-140: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/documento-12-corrupcion.pdf> (consultada el 24 de febrero de 2014).

20 Informe N° 001-2011-DP/APCSG-PEPPCPP, de mayo de 2011. Puede visualizarse en: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/variantes/2011/Informe-N-001-2011-DP-APCSG-PEPPCPP.pdf> (consultada el 24 de febrero de 2014).

Estado.²¹ De este grupo, 219 fueron declaradas fundadas, 133 infundadas y 80, al tiempo de cierre de dicho informe, seguían en trámite.²²

En lo que corresponde al Programa JUNTOS, las quejas versaban principalmente sobre cobros irregulares, condicionamientos arbitrarios para acceder o permanecer en padrones de beneficiarios de los programas sociales, apropiaciones de dinero destinadas también a beneficiarios, focalización indebida que generó afiliaciones irregulares, entre otros.

La investigación más copiosa, que fue respecto a este programa social, consistió en un examen sobre las vulnerabilidades y circunstancias riesgosas frente a actos de corrupción en procesos esenciales de JUNTOS (afiliación, corresponsabilidades en salud-nutrición y educación, transferencia de incentivos monetarios y suspensión del programa²³). Es indispensable apuntar que JUNTOS es un programa de transferencias económicas condicionadas a favor de familias en extrema pobreza, y a cambio del cumplimiento de una

21 Los programas sociales estaban agrupados en ese entonces en tres ejes, cada cual pretendiendo satisfacer distintos derechos y libertades. Los programas del Eje 1 (Desarrollo de capacidades humanas y respeto de los derechos fundamentales) pretendían, en líneas generales, propiciar el ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, al bienestar, a un nivel de vida adecuado, así como el derecho de participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Asimismo, los programas sociales del Eje 1—también denominados **habilitadores**, pues buscaban desarrollar capacidades y habilidades en las personas pobres—, tenían el propósito de asegurar que no se vulneren los derechos a la salud, a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, y a la educación. Eventualmente, tal grupo de programas sociales podía garantizar la vigencia de los derechos a la vida y la integridad moral, psíquica y física de las personas pobres y excluidas. Por su parte, también existían los programas del Eje 2 (Promoción de oportunidades y capacidades económicas para las personas), denominados **promotores**, que se orientaban a fortalecer el ejercicio de los derechos constitucionales al trabajo, así como a la libre contratación (denominados promotores) y los del Eje 3 (Establecimiento de una red de protección social), conocidos como **protectores**, pues brindaban cuidado a las personas y los grupos humanos. Actualmente se ha superado esta clasificación y se ha adoptado por una nueva definida en la Estrategia Nacional de Desarrollo e Inclusión Social “Incluir para Crecer”, que contempla tres horizontes temporales complementarios (corto –alivio temporal–, mediano –desarrollo de capacidades– y largo plazo –generación de oportunidades para la siguiente generación–) y cinco ejes estratégicos de trabajo: 1) Nutrición infantil; 2) Desarrollo infantil temprano; 3) Desarrollo integral de la niñez y adolescencia; 4) Inclusión económica; y, 5) Protección del Adulto Mayor. Cfr.: <http://incluirparacreer.midis.gob.pe/index.php>. (consultada el 24 de febrero de 2014).

22 El estudio también da cuenta de la revisión de las quejas presentadas por ciudadanos ante el Comité Nacional de Supervisión y Transparencia de JUNTOS.

23 Las circunstancias riesgosas son supuestos de hecho en los que se podría verificar actos de corrupción en el marco de una condición de vulnerabilidad. Se detectaron las que siguen. En el proceso de **afiliación**, en el sub-proceso de validación comunal, se detectó una vulnerabilidad expresada en la delegación de funciones administrativas en terceros sin que existan las condiciones para controlar su actuación: autoridades locales podían ejercer presión y conseguir que JUNTOS acoga como beneficiarios a personas que no formaban parte de su población-objetivo. En la afiliación a JUNTOS, en el sub-proceso de afiliación, se señala como vulnerabilidad la insuficiencia de los mecanismos de información que podía permitir, por ejemplo, acuerdos entre promotores y beneficiarios para simular el cumplimiento de condicionalidades a cambio de una ventaja o beneficio indebido. Si bien no se registraron quejas por este motivo, sí se encontraron casos que podían evidenciar sus consecuencias. En el proceso de **corresponsabilidades en salud-nutrición y educación** se detectaron diversas vulnerabilidades y circunstancias riesgosas. Se verificó la vulnerabilidad de que terceros ejerzan funciones delegadas en JUNTOS sin el suficiente control, lo que podía permitir, por ejemplo, que personal de salud realice cobros indebidos por la atención o que docentes soliciten cuotas u otras ventajas y beneficios —también indebidos—, así como la celebración de acuerdos para registrar atenciones de salud o asistencias a clases que no se han producido. Otra condición de vulnerabilidad hallada en el proceso de corresponsabilidades en salud y educación se refiere a la ineficacia de los mecanismos de control, que se expresaría en convenios fraudulentos entre promotores de JUNTOS y personal de salud o educación, concertados para defraudar a los beneficiarios. En el proceso de **transferencia de dinero**, la vulnerabilidad frente a la corrupción se detectó en la insuficiencia de los mecanismos de información y, fundamentalmente, en la delegación de facultades en terceros, en este caso, representantes del Banco de la Nación o de empresas transportadoras de dinero, sin contar con los mecanismos de control necesarios. Las vulnerabilidades se podían manifestar, según la investigación, en que no se entregue el incentivo económico, se realicen pagos incompletos o se entreguen billetes falsos a los beneficiarios. Finalmente, en el proceso de **suspensión**, la investigación arrojó que la vulnerabilidad frente a la corrupción se puede ver en la insuficiencia de los mecanismos de información y, se podría reflejar en actos corruptos como acuerdos para no suspender a un beneficiario de JUNTOS.

serie de obligaciones en materia de salud, educación y nutrición, que revierten en favor de ellas mismas, y de los hijos e hijas que las integran.²⁴

Para cada una de las circunstancias riesgosas detectadas²⁵ en los procesos esenciales, se plantearon diversas propuestas para atajar la vulnerabilidad de los mismos frente a actos de corrupción.

Así, en el proceso de afiliación, se recomendó que en las asambleas de validación comunal, se asegure la participación de representantes del Sistema Nacional de Control y de los Comités Locales de Supervisión y Transparencia del programa; y que, tras la realización de dicha asamblea, los promotores de JUNTOS se cercioren de que las personas incluidas pertenezcan al grupo de beneficiarios preestablecido por el Programa. Asimismo, se recomendó que la suscripción del acuerdo de afiliación se realice en presencia de los miembros de las comunidades, en una suerte de segunda asamblea comunal posterior a la validación y que, de ser posible, asistan a dicho acto representantes del Sistema Nacional de Control y de los Comités Locales de Supervisión y Transparencia de JUNTOS.

En el proceso de corresponsabilidades en salud, nutrición y educación, se recomendó que se brinde mayor información a los beneficiarios respecto de las obligaciones que imponen las corresponsabilidades. Se recomendó también que se incrementen las capacidades institucionales para que los promotores del programa realicen una supervisión más constante y directa en relación con las tareas del personal de salud y de educación en la verificación del cumplimiento de las condicionalidades de los beneficiarios. Se sugirió también que las supervisiones se lleven a cabo de manera inopinada y con mayor frecuencia que la verificada al momento de realizarse el estudio.

24 La transferencia asciende a S/. 100 Nuevos Soles por mes –el depósito se realiza cada dos meses– a familias en extrema pobreza, a cambio de tramitar y obtener un Documento Nacional de Identidad (la madre, padre viudo o solo o cuidador) –así como tramitarlo para los hijos a partir de los 30 días de nacidos–; recoger papilla fortificada para menores entre seis meses y tres años, asistir a las charlas sobre prácticas alimentarias adecuadas; llevar a la posta de salud a niños menores de cinco años para control mensual; asegurarse de que completen su esquema de vacunas; controles prenatales para madres gestantes y compromiso de dar a luz en establecimientos de salud; matricular a hijos e hijas entre los seis y los catorce años –así como asegurar su asistencia– a centros educativos; entre otros.

25 Las vulnerabilidades son aquellos espacios o debilidades en los procesos que permiten el potencial desarrollo de actos de corrupción o su ocultamiento. Para determinar las vulnerabilidades y las circunstancias riesgosas frente a los actos de corrupción en JUNTOS, se recurrió a un estudio con herramientas cualitativas de investigación que comprendió un taller con tres alcaldes de distritos de la provincia de Otuzco, departamento de La Libertad –en los cuales se aplicó el programa–, 100 entrevistas con beneficiarios del programa –en los departamentos de Ayacucho, Cusco, Junín y La Libertad–, 40 entrevistas con promotores de JUNTOS –en Ancash, Cusco, Junín, La Libertad y Pasco–, siete entrevistas con altos funcionarios del programa en Lima, dos entrevistas con representantes de su Comité Nacional de Supervisión y Transparencia, y con la ex-secretaría técnica de la Comisión Intersectorial de Asuntos Sociales (CIAS). Asimismo, se efectuaron siete entrevistas con expertos en la materia del sector público y de la sociedad civil. Todas ellas se llevaron a cabo en los meses de febrero y marzo de 2010. Las mencionadas herramientas cualitativas fueron contrastadas con dos bases de datos de incidencias remitidas por el Comité Nacional de Supervisión y Transparencia de JUNTOS –Matrices de incidencias críticas detectadas en las veedurías a los procesos y recojo de quejas– que recogieron las quejas presentadas por beneficiarios en los años 2009 y 2010, así como con las quejas presentadas por ciudadanos a la Defensoría del Pueblo respecto de JUNTOS, declaradas fundadas, también para los años 2009 y 2010. De manera complementaria, se revisó bibliografía sobre la materia.

En esas tareas, se instó a involucrar a los miembros de los Comités Locales de Supervisión y Transparencia y, fundamentalmente, a representantes del Sistema Nacional de Control. En el mismo sentido, se recomendó fortalecer los vínculos con las organizaciones de base para que los beneficiarios de JUNTOS puedan denunciar o presentar, a través de ellas, quejas sobre actuaciones reñidas con la ética pública, a fin de que sean puestas en conocimiento del programa mediante el contacto interinstitucional.

En el proceso de transferencia de incentivo monetario, se recomendó que representantes del Sistema Nacional de Control, promotores de JUNTOS, así como representantes de los Comités Locales de Supervisión y Transparencia, acompañen las operaciones de pago. En tal sentido, se recomendó fortalecer los vínculos con las organizaciones de base para que canalicen las denuncias o quejas de sus integrantes.

En el proceso de suspensión del programa, se solicitó involucrar a los miembros de los Comités Locales de Supervisión y Transparencia con el fin de asegurar su adecuado desarrollo. Que se fortalezcan los vínculos con las organizaciones de base para promover la denuncia o queja de inconductas éticas por parte de promotores del programa que, arbitrariamente, emprendan acciones para suspender e, incluso, desafiliar a beneficiarios.

Muchas de las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo para este programa social, así como otras referidas a la generalidad de los programas habilitadores, fueron acatadas. De ello da cuenta la propia institución supervisada a partir de la aprobación de un nuevo Manual de Operaciones.²⁶ Entre las acciones adoptadas que dan cuenta del cumplimiento a estas recomendaciones, tenemos: campañas informativas sobre cómo identificar y seleccionar hogares beneficiarios, sobre la importancia de la afiliación a este programa y sobre las corresponsabilidades de los beneficiarios; elaboración de material de difusión (impreso y filmico) para este propósito; implementación de una herramienta (aplicativo informático) de control para identificar a beneficiarios “observados” por no cumplir con el perfil de pobreza que caracteriza a los beneficiarios; reestructuración de procesos a fin de optimizar mecanismos de control (especialmente en el proceso de afiliación), con fuerte incidencia en la participación de la comunidad beneficiaria y de representantes de sectores involucrados; fortalecimiento de equipos regionales e incremento de supervisión periódica a cargo de coordinadores técnicos zonales; acciones de acompañamiento a usuarias beneficiarias para el apoyo en el cobro de transferencias de incentivo monetario; entre otros.

26 El informe se hizo sobre la base del Manual de Operaciones vigente a junio de 2010, aprobado por Resolución de Dirección Ejecutiva N° 033-2010-PCM/PNADP-DE. Posteriormente, dicho Manual fue reemplazado por otro aprobado por Resolución Ministerial N° 176-2012-MIDIS (Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social), que actualmente ha sido modificado por anexo aprobado por Resolución Ministerial N° 181-2013-MIDIS. El vigente Manual de Operaciones de JUNTOS puede consultarse en: http://www.juntos.gob.pe/docs/n_origen/MOP_SETIEMBRE.pdf. (consultada el 24 de febrero de 2014). La Dirección Ejecutiva del Programa JUNTOS dio cuenta de la implementación de las recomendaciones defensoriales mediante Oficio N° 872-2012-MIDIS-PNADP-DE del 29 de noviembre de 2012.

Si bien la Defensoría del Pueblo no ha elaborado a la fecha un documento que dé cuenta de los progresos para reducir los riesgos de corrupción en los programas sociales –y en particular en JUNTOS–, sí puede advertirse, a luz de la información reportada sobre este último programa, avances significativos a favor de la promoción de la ética pública y de la prevención de riesgos de corrupción.

4. Conclusiones

Las Defensorías del Pueblo gozan, en términos generales en la región, de un gran prestigio institucional y de solvencia moral por las causas que defienden. La corrupción se encuentra sin duda entre las principales preocupaciones de la ciudadanía y no es gratuito que, en una región de frágil institucionalidad como la latinoamericana, se generen expectativas –tal vez excesivas– respecto a lo que puede hacer una entidad defensora de los derechos y supervisora de la administración pública.²⁷

No hay forma de eludir, mediante interpretaciones restrictivas de los ámbitos competenciales, la responsabilidad de hacer frente a una problemática que aqueja a la ciudadanía, que corroe la confianza en las instituciones y que, por ende, desprestigia al sistema democrático en su conjunto. Es intrínseco a la naturaleza defensorial velar por el correcto funcionamiento de la administración y combatir todo aquello que contravenga a dicho propósito.

La precisión preferente que tiene el *Ombudsman*, entre el ciudadano (que presenta sus quejas) y la administración (objeto de ellas), hace de él una entidad con gran potencial para la generación de información sobre las deficiencias administrativas y para prevenir riesgos de corrupción que se presenten como consecuencia de ellas; la investigación sobre las vulnerabilidades y riesgos de corrupción en los programas sociales de Perú, que he reseñado aquí, creo que es muestra de ello.

La lucha contra la corrupción requiere de creatividad para enfrentarla, de estrategia para prevenirla y de confianza en el grupo humano capaz de emprender las acciones necesarias para propiciar cambios significativos en ella. Tengo la impresión, conforme a la experiencia, que esos componentes pueden encontrarse en las Defensorías del Pueblo, y que, desde ellas, se puede coadyuvar al Estado en la implementación de políticas anticorrupción efectivas a favor de la Buena Administración y los Derechos Humanos.

27 En el caso peruano, es bastante claro a decir de la confianza ciudadana en instituciones para luchar contra la corrupción. La última encuesta que reveló esto fue la VII Encuesta Nacional sobre Percepciones de la Corrupción de Proética 2012 (Capítulo peruano de Transparencia Internacional). Concretamente, dicha encuesta preguntó: ¿Cuáles son las instituciones en las que usted más confía para luchar contra la corrupción? (Con tarjeta): **Defensoría del Pueblo: 55%**; medios de comunicación: 34%; Contraloría General de la República: 21%; Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y de Aduanas (SUNAT): 17%; Fuerzas Armadas: 10%; Fiscalía de la Nación (Ministerio Público): 9%; Gobierno Central: 4%; Policía Nacional: 4%; Poder Judicial: 4%; Congreso de la República: 4%; Ninguna: 25%. Cfr.: <http://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2012/07/Pro%C3%A9tica-VII-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA-2012.pdf>. (consultada el 24 de febrero de 2014).

BUEN GOBIERNO, GOBERNABILIDAD, CORRUPCIÓN E IMPUNIDAD: RELACIONES Y SUPERACIÓN DEL CÍRCULO VICIOSO

*Yván Montoya Vivanco**

1. Introducción

El buen gobierno ha sido definido como aquel que se rige por una serie de principios tales como legalidad, control, eficacia, respeto a los derechos humanos, participación ciudadana, entre otros. Estos principios le dan valor al ejercicio del poder.

Sin embargo, cuando uno pone un énfasis casi particularizado sobre uno de estos principios - por ejemplo, la eficacia por encima de la legalidad o por encima del respeto a los derechos humanos (o cuando se coloca un énfasis considerable sobre la necesidad de estabilidad sobre alguno de los otros principios que caracterizan el buen gobierno) - podemos generar un impacto negativo y ocasionar una tergiversación del significado de la gobernabilidad. Y a partir de este punto, sobre la falsa concepción de gobernabilidad, es que se pueden plantear las relaciones entre gobernabilidad y corrupción.

El presente artículo se divide en tres partes. En la primera se presentará la relación entre los conceptos de buen gobierno, gobernabilidad y corrupción. En la segunda parte se analizará el sistema penal anticorrupción y su impacto en la gobernabilidad e impunidad. Y finalmente, en la tercera haré una breve reflexión sobre los obstáculos y desafíos que enfrenta el sistema penal peruano para fortalecer el sistema penal anticorrupción y el Estado de Derecho en el país.

2. Buen gobierno, gobernabilidad y corrupción

El buen gobierno, entendido como el conjunto de principios que rige el ejercicio del poder, influye en la gobernabilidad. Es a partir de este sistema de reglas o principios que puede establecerse la relación entre gobernabilidad y corrupción. La relación entre estos dos conceptos puede apreciarse desde dos perspectivas. Desde la primera de ellas, la corrupción como práctica gubernamental es utilizada por los dirigentes del Estado para lograr de forma indebida una cierta estabilidad política o eficacia en la viabilidad y

* Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Asociado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

sostenibilidad de determinadas decisiones de política de gobierno.¹ Esta forma de entender la relación pervertida entre gobernabilidad y corrupción se puede apreciar sobre todo en los casos relativamente recientes de Argentina o Brasil. En ellos se han apreciado casos graves de soborno a parlamentarios para lograr la adhesión de grupos políticos opositores a iniciativas del Poder Ejecutivo. Tampoco puede dejar de recordarse los casos de soborno de congresistas, miembros de la Corte Suprema de la República, del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Magistratura durante el régimen del expresidente Fujimori con el propósito de evitar cualquier tipo de control político o judicial a su régimen y mantener de facto el poder concentrado de su régimen autoritario.

Es evidente que, en estos casos, la corrupción se utiliza cuando estamos ante gobiernos autoritarios que requieren mantener el poder concentrado o gobiernos institucionalmente débiles, es decir, sin apoyo parlamentario o sin apoyo partidario sólido.

La segunda forma de entender la relación entre gobernabilidad y corrupción se produce cuando la percepción pública de un alto grado de corrupción en los diversos poderes del Estado termina resquebrajando la legitimidad de esos mismos poderes públicos y, en ese sentido, socavando la legitimidad del Estado de Derecho y poniendo en riesgo su viabilidad.² Desde esta última perspectiva, se evidencia el círculo vicioso del proceso de deterioro de la gobernabilidad democrática: pérdida de legitimidad – pérdida de efectividad – pérdida de eficiencia – inestabilidad primero del gobierno y luego del régimen.

Estas dos formas equivocadas de entender la relación entre gobernabilidad y corrupción parecen presuponer una perversa situación de equilibrio que requiere ciertas dosis de corrupción en la práctica gubernamental “eficaz”, pero sin excederse a efectos de no socavar la legitimidad general de un régimen. Estas formas perversas de ver la relación de la corrupción con la gobernabilidad solo son concebibles desde la perspectiva de una sociedad que se percibe como una sociedad de cómplices pasivos.³

La corrupción se reproduce y perdura por esa percepción de convivencia o tolerancia masiva con aquel que ignora la ley entendida como patrón normativo que orienta la convivencia democrática y, en su lugar, busca un interés particular o satisfacer su narcisismo.⁴ Esta percepción nos desactiva e inmoviliza para la denuncia o para la queja contra aquel que

1 Juan Manuel Pérez Naufel. *Corrupción*. En: <http://www.monografias.com/trabajos28/corruccion/corruccion.shtml> (consultada el 28 de julio de 2013).

2 Miguel Ángel Quiroga Vizcarra. *Corrupción y Gobernabilidad democrática*, p. 5. En: aeg.pucp.edu.pe/CORRUPCION_Y_GOBERNABILIDAD_DEMOCRATICA.pdf. (consultado el 28 de julio de 2013).

3 Gonzalo Portocarrero. *Una sociedad de cómplices*. En: http://www.bnp.gob.pe/portaibnp/pdf/libros_y_arteres/Librosyarteres9_3.pdf (consultada el 28 de julio de 2013).

4 Ibid.

obra al margen de la ley.

En efecto, esta percepción permite que se imponga la idea o la imagen que en el Perú “todos estamos en el fango” o que “todos ya tenemos o en todo caso podemos tener, rabo de paja”.⁵ La consecuencia, entonces, de este pacto social clandestino es inhibir la inhibición de la protesta contra el abuso de la función pública.

De lo dicho anteriormente, se deduce la enorme importancia de llamar a las cosas por su nombre, es decir, denunciar determinados actos como corruptos. Esta actitud tiene la potencia de desnudar o evidenciar lo que se pretende pasar como ordinario, común o aceptado socialmente. Al respecto podemos citar varios ejemplos de nuestro pasado reciente: el pago por parte del expresidente Fujimori de quince millones de dólares a su exasesor presidencial con el argumento de contribuir a salvar una situación de urgencia democrática; el caso de algunos oficiales militares que recibieron comisiones de dinero en los contratos públicos para adquirir pertrechos militares y que defendían esta práctica bajo el alegato de la habitualidad de estos actos entre la oficialidad al momento de los contratos públicos; o cuando un alto funcionario del estado recibe una sustanciosa cantidad de dinero por “indemnización por tiempo de servicios” cuando en realidad no se trataba de un despido sino de todo lo contrario; o cuando exfuncionarios vinculados al segundo gobierno del ex presidente García, quienes intervinieron en una licitación manipulada sobre lotes petroleros para favorecer a una empresa, argumentan que sólo eran simples gestores de negocios.

3. La política criminal anticorrupción y gobernabilidad

Frente a la denuncia por corrupción de sucesos especialmente graves como los descritos anteriormente, ¿Cómo deben actuar los órganos del sistema penal anticorrupción? Ellos están llamados a negar esa fantasía, dicha ideología de considerar inevitable la corrupción, a romper ese pacto infame, a denunciar esa gobernabilidad corrupta. En otras palabras, a afirmar que “esa práctica no es normal”, “no es regular” y, en tal sentido, que tales comportamientos son ilícitos.

En sentido amplio, el sistema anticorrupción en el Perú se caracteriza por ser un sistema fragmentado en diversos órganos con diversas funciones. Así podemos mencionar - además de las clásicas instancias del Ministerio Público, la Procuraduría Pública y el Poder Judicial - a la Contraloría General de la República, órgano encargado de supervisar el manejo del patrimonio del Estado y de la fiscalización de las declaraciones juradas de los funcionarios

5 Ibid, p. 8.

públicos; el Congreso de la República, competente para evaluar el levantamiento de las prerrogativas constitucionales de las que gozan los altos funcionarios del Estado a fin de que puedan ser juzgados en los órganos comunes del sistema judicial o sometidos a un juicio político⁶ y el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución y que, como tal, consolidó la legitimidad constitucional de los mecanismos implementados para la lucha contra la corrupción.

Pues bien, esta fragmentación de órganos representa en parte una debilidad del sistema, dado que los agentes de la corrupción aprovechan especialmente los vacíos de coordinación o la estructura de comportamientos estancos para evadir la investigación o persecución penal. Efectivamente, como parece señalar un informe de Transparencia Internacional, este tipo de agencias tradicionales de combate a la corrupción cada vez son menos capaces de detectar, investigar o juzgar casos complejos de corrupción pública.

En nuestro caso, actualmente la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción es la institución llamada a promover las coordinaciones entre los diversos órganos del sistema anticorrupción. Sin embargo, dados sus muy escasas potestades, esta entidad no está en condiciones en promover políticas proactivas de prevención y control de la corrupción.⁷

El sistema penal especializado en delitos de corrupción de funcionarios en el Perú nació como consecuencia del esfuerzo de la transición democrática, luego de la caída del régimen venal del expresidente Fujimori en enero de 2001. En ese sentido, partiendo de un marco normativo viejo y anquilosado,⁸ el Estado inició un proceso de reformas urgentes que permitieron posteriormente a la Policía Nacional del Perú, al Ministerio Público, la Procuraduría Pública del Estado y al Poder Judicial enfrentar con cierta eficacia un fenómeno de corrupción sistémico nunca antes develado en la historia de la República.

Estas reformas fueron fundamentalmente tres.⁹ En primer lugar, un mínimo marco normativo que permitiera evitar que las organizaciones dedicadas a la corrupción eludieran rápidamente la acción de la justicia. Esto motivó la reforma de las medidas cautelares de prisión provisional de tal manera que, bajo determinadas condiciones, se permitiera al

6 Al respecto, César San Martín Castro señala que hoy en día la “responsabilidad política y la responsabilidad penal son los dos ejes indispensables para combatir la corrupción de los altos dignatarios”. César San Martín Castro. “La persecución de la corrupción política en el Perú”, en: *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley, 2012, p. 535.

7 En esa perspectiva resultará interesante pensar en la posibilidad de un modelo alternativo. Sabemos bien, en base a la experiencia comparada, el éxito que ha tenido el modelo de agencias independientes de combate contra la corrupción que han concentrado elevados niveles de poder y funciones, los cuales, no sólo son de combate sino también de prevención (Hong Kong, Singapur, etc.).

8 El Código de Procedimientos Penales vigente al momento del descubrimiento de los grandes casos de corrupción del régimen de los años 90, databa del año 1940 el cual contemplaba un procedimiento inquisitivo y predominantemente escrito.

9 Sobre estas reformas ver especialmente: José Ugaz Sánchez Moreno. “Algunos apuntes sobre la defensa judicial del Estado en el caso Fujimori Montesinos”, en: *Estudios críticos sobre delitos de corrupción de funcionarios (AAVV)*. Lima: IDEHPUCP/Open Society Foundation, 2012, p.150 y ss.

fiscal solicitar al juez que disponga esta medida contra sospechosos de haber cometido actos de corrupción, antes de iniciar el proceso judicial.

En segundo lugar, con el propósito de desestructurar las organizaciones de poder que corrompieron al Estado, se dispuso la extensión de las disposiciones premiales a los investigados o procesados por delitos de corrupción de funcionarios. Estos incentivos normativos permitieron romper el pacto de silencio que caracteriza este tipo de delitos.

Finalmente, eran necesarias una reinstitucionalización y especialización de los principales órganos de persecución penal de la corrupción. Efectivamente, por reinstitucionalización deben entenderse especialmente el conjunto de medidas tendientes a devolver la independencia de los órganos de persecución penal (Ministerio Público y Poder Judicial);¹⁰ por especialización, debemos comprender, sobre todo, la creación dentro de cada uno de los estamentos mencionados de subespecialidades competentes para investigar y juzgar delitos de funcionarios contra la administración pública. Es así que fueron pieza clave en ese periodo tanto los juzgados y salas especializadas en materia de delitos contra la administración pública como los fiscales provinciales y superiores especializados en la misma materia.¹¹ Ello sin dejar de mencionar a la Procuraduría Pública *Ad Hoc* Anticorrupción que, a partir de los casos de Fujimori y Montesinos, cobró un protagonismo innegable en el impulso de los procesos por estos delitos.

El balance de este impulso general contra la corrupción fue en su momento bastante positivo. Ugaz Sánchez Moreno describe así los resultados emblemáticos:

“Después de los primeros catorce meses de investigaciones, el Perú congeló 216’000,000 (doscientos dieciséis millones de dólares) de la organización criminal en diferentes países, se recuperaron 65’000,000 (sesenta y cinco millones de dólares) en efectivo (...) y se abrieron más de doscientas investigaciones contra más de mil doscientas cincuenta personas, de las cuales ciento veinte fueron a prisión, entre ellos 14 generales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, cuatro *broadcasters*, cuatro ministros, tres congresistas, un magistrado de la Corte Suprema, un Fiscal de la Nacional y dos magistrados electorales”¹²

10 No debe olvidarse que en la década de los años noventa el régimen del ex Presidente Fujimori cesó a cientos de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público lo que conllevó a una situación de marcada provisionalidad de estos órganos y, por ende, a su falta de independencia.

11 Sobre la función de estos órganos ver: César San Martín Castro. Op. Cit., p. 565 y ss.

12 El profesor Ugaz Sánchez Moreno culmina este balance señalando que “ocho años después de iniciado el proceso complejo anticorrupción peruano, el 20 de julio de 2009, se produjo un hecho sin precedentes en materia de lucha contra la corrupción política. Alberto Fujimori Fujimori, ex Presidente del Perú en el periodo 1990-2001 fue condenado por un tribunal peruano a la pena de seis años y seis meses de prisión en su condición de autor del delito de peculado doloso por apropiación (caso 15 millones de dólares)” del patrimonio de Estado. José Ugaz Sánchez Moreno. Op. Cit., p.160.

Sin embargo, a pesar de este impulso, la corriente de lucha contra la corrupción sufrió una sustancial desaceleración durante el periodo que va desde mediados de 2006 hasta el año de 2011, periodo a partir del cual se empezaron a producir situaciones de grave impunidad que hasta la actualidad resulta difícil de revertir.

4. Impunidad y Estado de Derecho

El término impunidad puede ser definido desde dos perspectivas: Una restrictiva y otra amplia.

Desde una perspectiva restringida, por impunidad debe entenderse la ausencia de sanción (penal o de otra índole) contra todos los responsables de actos de corrupción pública sea por razones de tipo normativo o fáctico.¹³

Desde una perspectiva amplia, por impunidad podemos comprender aquella situación que va más allá de la mera ausencia de sanción e implica la ausencia de todo cuestionamiento a las estructuras del ejercicio abusivo del poder público para el beneficio privado. Esta estructura supone, evidentemente, ausencia de control sobre los agentes públicos, amplia discrecionalidad, clientelismo, informalidad, no rendición de cuentas, etc. En otras palabras, supone que los funcionarios corruptos y los particulares corruptores mantienen vinculación con dichas estructuras de poder.

Una serie de factores normativos y fácticos vienen contribuyendo con dicha situación de impunidad en el Perú. Dentro de los primeros pueden citarse los plazos de prescripción (exclusión de la acción penal) cortos, especialmente de los *extraneus* (particulares) que contribuyeron con funcionarios públicos en la comisión de delitos contra la administración pública; los impedimentos procesales (antejuicio o juicio político), especialmente para los altos funcionarios del Estado quienes no pueden ser investigados o juzgados sin que el Congreso de la República levante el fuero correspondiente; algunas reformas legales, especialmente de aquellas como la Ley N° 29703 que implicaron una restricción del alcance de las conductas penalmente prohibidas; la legalización de procedimientos de elusión de control estatal, especialmente de aquellos procedimientos de contratación estatal delegadas a órganos internacionales como la Organización de Estados Iberoamericanos, ACNUR, entre otros.

Dentro de los factores de facto pueden mencionarse los actos de encubrimiento del acto corrupto, es decir, el *pacto sceleris* que caracteriza este tipo de delitos; y, los factores políticos

13 Definición planteada por el Relator especial sobre Amnistía de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

que impiden el levantamiento de las prerrogativas de las que gozan los altos funcionarios del Estado. También se encuentran la sustracción de la persecución penal a través de la fuga del territorio nacional, entre otros.

Pero la impunidad, entendida en sus dos perspectivas, tiene consecuencias jurídicas graves sobre las obligaciones del Estado. Desde la perspectiva restringida, la impunidad implica una violación flagrante de la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar adecuadamente los actos graves de corrupción.¹⁴

Desde la perspectiva amplia, la impunidad constituye no sólo una falta de acceso a la justicia (especialmente de la Procuraduría Pública que representa los intereses del Estado), o la violación de los derechos humanos -especialmente de los derechos económicos, sociales y culturales de los más vulnerables (al no verse resarcida la situación de desviación de fondos destinados a la prestación de servicios y bienes públicos a los sectores con menos recursos) -, sino una afectación sustancial a la vigencia del Estado de Derecho.

El Estado de Derecho se caracteriza esencialmente por el sometimiento del poder del Estado a la razón del Derecho y se orienta fundamentalmente por tres principios: i) la supremacía de la Constitución y la ley; ii) el control jurisdiccional de la administración sometida a tales marcos normativos y iii) el respeto de los derechos fundamentales como la igualdad y derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos, especialmente, el recientemente reconocido derecho fundamental a una buena administración pública.¹⁵

Pues bien, una situación extendida de impunidad de los actos graves de corrupción supone precisamente una situación de ausencia de sometimiento de la administración pública a la ley constitucional, el no control del sistema de justicia del ejercicio abusivo del poder público y una violación permanente de los derechos fundamentales de la población más vulnerable.

Es necesaria una serie de cambios y reformas en el sistema penal anticorrupción que permitan remover los obstáculos, dentro de las garantías que ofrece el Estado de Derecho, para reducir los niveles de impunidad y coadyuvar de esta manera con la construcción de una sociedad libre de corrupción. Sin embargo, como es reconocido, el sistema penal

14 Preámbulo y artículo VII de la Convención Interamericana contra la Corrupción; y Capítulo III de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

15 Una exposición clara sobre el reconocido derecho fundamental puede encontrarse en los textos de Gerardo Ruiz-Rico Ruiz. "El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria"; y, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. "El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho administrativo", ambos en: Carmen Ávila Rodríguez y Francisco Gutierrez Rodríguez. *El derecho a una buena administración y la ética pública*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011. Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido el principio fundamental a la buena administración su sentencia recaída en el Expediente N° 0017-2011-PI/TC.

siempre será un instrumento de última ratio. Los mecanismos más efectivos siempre serán políticas sociales fuera del derecho penal.

5. Conclusiones

La corrupción en nuestro país permanece naturalizada en un conjunto de prácticas bastante involucradas en nuestra vida cotidiana como para ser controladas jurídicamente. Es por ello que resulta esencial que la ciudadanía imagine la posibilidad de **una gobernabilidad no corrupta**. Es decir, resulta importante que la población supere esa actitud de fatalismo y de resignación con relación al control efectivo de la corrupción.

La clave estaría en imaginar luchas más eficaces, luchas que tienen que partir de la ruptura de cada peruano y peruana con la complicidad silente con la corrupción. Ello haría posible la movilización de la sociedad civil contra la gobernabilidad corrupta y la demanda de una gestión eficaz y transparente en todos los estamentos del Estado. Más que en el Poder Judicial o el Ministerio Público, la lucha decisiva se libra en la conciencia de todos los peruanos y peruanas por liberarse de la sensación de admiración que podría despertar el transgresor de la ley y la norma correcta. Lograr romper con esta identificación llevaría a destruir la eficacia de la ficción de la sociedad de cómplices.

CUARTA PARTE

PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO Y REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO

REFORMA DEL ESTADO PARA EL BUEN GOBIERNO

*Henry Pease García**

1. Introducción

La reforma del Estado es esencial para el buen gobierno: no solo implica reformar el aparato administrativo existente sino la forma en que ideamos al Estado en una democracia política, con un gobierno representativo “al alcance de los ciudadanos” en esta sociedad con sus características sociales, económicas y culturales que llamamos Perú. En las sociedades del siglo XXI, con tanta influencia mediática, el buen gobierno solo puede hacerse con transparencia y participación democrática en un Estado de Derecho cada vez más institucionalizado.¹

2. Primeros pasos de reforma del Estado en la transición democrática

La apertura democrática, que hace caer la autocracia de los 90, no podía avanzar con esa idea de Estado. Tampoco podía hacerlo la precaria institucionalidad que comenzó tomando las decisiones de la transición dentro de la ley, procesando y deteniendo a los que delinquieron y haciendo elecciones limpias. Tenía que retomarse la descentralización y se hizo a partir de la reforma constitucional del 2001-2006 (limitada por la destrucción hecha en los años 90 de la idea y la imagen de región) y tenía que asumirse la reforma del Estado en todos sus ámbitos.

El Congreso cumplió con reformar la Constitución y dar la legislación inicial para constituir gobiernos regionales en las capitales de departamentos, ya que era imposible “imponer regiones” o dejar las cosas como estaban. Sucesos violentos como los ocurridos en Arequipa

* Director de la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 En la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP comenzamos combatiendo –y desarmando– la idea de “estado mínimo” impuesta en los años 90 desde el razonamiento neoconservador (liberales desapegados del liberalismo político): seis seminarios anuales nos han hecho avanzar paso a paso en el tema:

2006: “Para actualizar la agenda”.

2007: “La Reforma del Estado en el Perú”.

2008: “El papel de las Políticas Públicas”.

2009: “Para construir una visión de futuro”.

2010: “La democracia y sus instituciones en debate” y “La lucha anticorrupción como política de Estado”.

2011: “Gestión pública para el buen gobierno: balance y perspectivas”.

2012: Inclusión Social: enfoques, políticas y gestión pública en el Perú”.

El Fondo Editorial de la PUCP ya ha publicado los libros producidos en los seminarios del 2007, 2008 y 2010, estando por salir el del seminario del 2011.

el 2001 mostraban que el país no podía seguir gobernado bajo el modelo centralista, pero las dificultades evidenciadas en el fracaso del referéndum para constituir regiones mostraron las resistencias desde la administración central y las dificultades políticas para mantener los consensos iniciales de la transición.

A pesar de todo, se avanzó y hoy existe continuidad en la elección y funcionamiento de los gobiernos regionales, no obstante lo poco avanzado para su integración en regiones. Se avanza en la creación de un nivel intermedio con más capacidades y hay una representación política que funciona en ese nivel aunque disguste a muchos políticos conservadores quienes siempre miraron “sobre el hombro” a las provincias.

3. La reforma del Estado implica capacidad de planeamiento estratégico y formulación de políticas públicas

En la autocracia de los años 90 se destruyó la capacidad de planificación (o planeamiento estratégico) de la acción del Estado. Aún hoy entrevistamos a ministros y alcaldes constatando que carecen de brújula, confunden los objetivos y la política pública con obras o acciones por iniciativa privada – válidas para ejecutar la obra pública pero no para decidir, por ejemplo, qué se hace, dónde y con quienes -. Recuérdese el ejemplo de Conga y el costo de la ausencia de planes de ordenamiento territorial. Esa no es tarea del inversionista privado que tiene que encontrar un terreno preparado por la política pública formulada democráticamente.

Los gobernantes nacionales y locales siguen creyendo que van al cargo público para “hacer obra”, no para trazar políticas públicas de las cuales se desprenderán, entre otros logros, las obras. Gobernar a través de políticas públicas es esencial para que funcione la democracia representativa, que no es sólo un método para elegir gobernantes.

Desde el shock antiinflacionario de los 90 se destruyó la capacidad de formular políticas públicas, como lo explica en su libro el economista Efraín Gonzales de Olarte.² Luego se cerró el Instituto Nacional de Planificación creado por los militares en 1962, que vertebraba sectores y niveles de gobierno. Mucho después se ha retomado el interés en el tema, la legislación descentralista que se dio en 2001 hasta 2006 lo puso en el centro de las atribuciones regionales y municipales pero con un cambio clave respecto del pasado: la exigencia de planificación concertada y con participación ciudadana.

2 Efraín Gonzales de Olarte. *El Neoliberalismo a la peruana. Economía política del ajuste estructural 1990-1997*. Lima: IEP-Consorcio de investigación económica, 1998.

4. Las políticas públicas en un régimen democrático: Punto de partida para el buen gobierno

A continuación, citamos a Fernando Henrique Cardoso, dos veces Presidente de Brasil, en un discurso en la CEPAL que los autores del informe BID 2006 titulado “La política de las políticas públicas” escogieron para encabezar su informe:

“La democracia tiene un método propio para la definición de políticas públicas. Las decisiones resultan de una adaptación negociada de intereses, de acuerdo a normas transparentes definidas en el espacio público. Las políticas no reflejan la supuesta omnisciencia de tecnócratas esclarecidos, sino que representan la depuración de intereses legítimos, un concierto de voluntades, entre ellas la del propio gobierno.”

Cardoso pone la democracia en el núcleo de la definición de políticas públicas, en contraste con tantas visiones tecnocráticas que terminan fracasando porque entre nosotros cuesta mucho entender la política como negociación y eso es esencial al régimen democrático.

5. Experiencia participativa como política pública para el buen gobierno

El plan es la primera política pública. La Escuela de Gobierno y Políticas Públicas acaba de concluir una tarea que ha sido parte de la responsabilidad social de la UCP como entidad ubicada en la ciudad de Lima. Apoyamos la elaboración del plan regional de desarrollo concertado de esta ciudad que es, a la vez, provincia y espacio de gobierno regional. Más de 18,000 ciudadanas y ciudadanos han participado deliberando sobre sus capítulos y en eventos interdistritales fueron produciendo las propuestas que el 12 de diciembre del 2012 aprobó por unanimidad la Asamblea Metropolitana de Alcaldes de Lima que conforman 42 alcaldes distritales y 29 representantes de la sociedad civil presididos por la Alcaldesa de Lima, para que luego sus conclusiones las debata el Concejo Metropolitano y apruebe el plan.

6. Reflexión final

El plan y las políticas públicas en cada nivel de gobierno son los ejes para construir la gobernabilidad democrática. Obsérvese la historia reciente de conflictos (desde la minería informal hasta lo ocurrido en La Parada o con los transportistas de Lima Norte) para recordar que los conflictos paralizan y estancan porque son consecuencia de una manera de gobernar que es arbitraria, no democrática. No entiendo democracia sin negociación

entre diferentes intereses y ópticas, pero en nuestra cultura política prima una tradición autoritaria que va agotando sus posibilidades en el mundo globalizado. Para algunos ganar elecciones es la puerta de acceso para gobernar con los mismos métodos de una autocracia, es decir imponiendo su verdad sin negociar y hacer algún espacio a los otros.

Las reglas del juego democrático son sólo como los rieles de un tranvía: canalizan el conflicto, no lo eliminan. Pero hacen predecible la acción política y dan continuidad al sistema, haciendo posible el buen gobierno.

BUEN GOBIERNO, RENDICIÓN DE CUENTAS Y MECANISMOS DE CONTROL A LOS GOBIERNOS REGIONALES

*Johnny Zas Friz Burga**

1. Introducción

En el presente artículo los mecanismos de control a los gobiernos regionales previstos en nuestra legislación son analizados. Con este fin, en la primera parte se formula una aproximación conceptual al buen gobierno para luego reflexionar brevemente sobre su relevancia en el país, en el contexto del proceso de descentralización y de los mecanismos de democracia directa.

Seguidamente, pasaremos a referirnos a la rendición de cuentas como principio de gestión en los gobiernos regionales para a continuación centrarnos en el análisis específico de los mecanismos de control a estas instancias de gobierno. Finalmente, se presentan algunos comentarios a manera de conclusión.

2. Una aproximación conceptual al buen gobierno

El buen gobierno se constituye cuando la organización política de una sociedad se sustenta en el gobierno y en la ciudadanía, configurándose ésta en un cuerpo electoral activo y participante. Así, el buen gobierno implica trascender la democracia representativa e introducir, como un elemento complementario para su funcionamiento, a la participación ciudadana: la acción simbiótica entre la forma representativa de gobierno y la participación ciudadana debería lograr una mayor estabilidad del sistema político.

La participación de todos los ciudadanos y ciudadanas en el proceso de toma de decisiones estatales debería dotar de mayor legitimidad al gobierno, haciéndolo más democrático y dotando de mayor gobernabilidad al sistema político. Un sistema político y un régimen democrático donde las demandas generadas en la sociedad permeen el gobierno, haciendo posible la materialización de estas demandas sociales (a través de mecanismos institucionales) en políticas públicas, configura el escenario del buen gobierno.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho Público por la Universidad de Bolonia, Italia.

Para lograr una ciudadanía fuerte y participativa se requiere: ciudadanos y ciudadanas conscientes de todos sus derechos; el uso de los medios institucionales del régimen político para influir en la agenda pública; la promoción de la acción de las autoridades electas y de los funcionarios; y el control de los actos de gobierno y de administración, así como de sus resultados.

Además, un supuesto esencial para lograr gobernabilidad democrática es el acceso a la información pública. Esto permitirá, junto con la vigilancia ciudadana, que los ciudadanos y ciudadanas verifiquen si las autoridades o los funcionarios públicos realizan y representan sus intereses.

El concepto de buen gobierno y su aplicación deben fortalecer las formas democráticas representativas y permitir una mayor identidad entre sociedad y Estado, entre ciudadanía y gobierno.

3. Relevancia y problemática del buen gobierno en el Perú

La última transición democrática iniciada en el país luego del colapso del régimen político autoritario, en el año 2000, reinstauró una real forma democrática representativa, e incluyó mecanismos de participación ciudadana (o también de democracia participativa).

La Carta Política de 1993 reconoció, más bien, mecanismos de democracia directa, señalando que los ciudadanos pueden participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Sin embargo, estos mecanismos de democracia directa fueron restringidos significativamente por la acción misma del régimen político autoritario (1992-2000) y recién recobraron su plena vigencia con el denominado Gobierno de Transición (2000-2001).

La relevancia del buen gobierno en el Perú está dada por el contexto institucional del país caracterizado por rupturas democráticas continuas durante el siglo XX y una grave crisis de representación política, especialmente desde fines de los años ochenta del siglo XX. Ello ha destruido e impide la identidad que debe existir entre sociedad y Estado, así como entre ciudadanía y gobierno.

El contexto institucional de nuestro país está marcado por ser una “democracia sin partidos”¹ y por existir una “doble brecha entre las instancias de mediación política” (vertical: lo local con lo nacional; y, horizontal: lo social con lo político).² La incorporación de mecanismos de democracia participativa en el marco del actual proceso de descentralización (2002) buscó coadyuvar en la solución de la referida crisis de representación política.

Sin embargo, desde otra perspectiva, estas formas de participación ciudadana fueron criticadas y se planteó la atención prioritaria de los problemas del sistema político y de las formas representativas, más que la introducción de estas formas de democracia participativa. Al respecto, Martín Tanaka señalaba que “la apertura de espacios participativos somete al sistema democrático a mayores tensiones, no las alivia”; y que “los problemas que se quieren solucionar con más participación (...) se solucionan no con más participación, si no con mejores instituciones: tenemos que esforzarnos en desarrollar mecanismos de control horizontal, fortalecimiento institucional, que resultan menos costosos y más eficaces”.³

Sin embargo, estas críticas no han considerado que, si bien el actual proceso de descentralización peruano reconoció legislativamente en sus inicios estos mecanismos de participación ciudadana o de democracia participativa,⁴ la regulación normativa posterior restringió sus contenidos. Dicha restricción la encontramos tanto en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales como en la Ley Orgánica de Municipalidades.

Los mecanismos más importantes en materia de democracia participativa son el presupuesto participativo y los consejos de coordinación. Ambos mecanismos han tenido diversos problemas en su implementación debido a las limitaciones que les impusieron las leyes orgánicas mencionadas.

En materia del presupuesto participativo, hay un conjunto de limitaciones que afectan la calidad de la representación y de la participación tales como la difusión incompleta y la falta de información oportuna acerca del proceso; la distancia y el alto costo del transporte; la información no amigable para el usuario acerca del contenido del debate; y el insuficiente tiempo asignado a completar el ciclo del presupuesto participativo. También se consideran

1 Al respecto ver: Martín Tanaka. *Democracia sin Partidos. Perú 2000-2005: Los Problemas de representación y las propuestas de reforma política*. Lima: IEP, 2005; Martín Tanaka. *Los espejismos de la democracia: El colapso del sistema de partidos en el Perú, 1980-1995, en perspectiva comparada*. Lima: IEP, 1998.

2 Carlos Meléndez. La soledad de la política. *Transformaciones estructurales, intermediación política y conflictos sociales en el Perú (2000-2012)*. Lima: Mitin, 2012.

3 Martín Tanaka. “Situación y perspectivas de los partidos políticos en la Región Andina: El caso peruano”, en: *Partidos políticos en la Región Andina: Entre la crisis y el cambio*. Lima: IDEA, 2004, pp. 100-101.

4 Especialmente en la reforma constitucional del año 2002 (Ley N° 27680) y en la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

como problemas relevantes el debilitamiento del rol de los consejos de coordinación regional y local en el proceso del presupuesto participativo; el impacto limitado del proceso porque se restringe al gasto de inversión; y que los sectores más pobres de la población no estarían participando en este mecanismo.

En materia de consejos de coordinación, se plantean como problemas relevantes la reunión sólo por dos veces al año de estos consejos; el requisito de personería jurídica para participar; la limitación de la participación de la sociedad civil; y la naturaleza no vinculante de los acuerdos. También se consideran como problemas la resistencia de las élites o poderes locales hacia las decisiones de estos consejos de coordinación; la poca representatividad de los dirigentes; la debilidad de las organizaciones sociales; la baja calidad técnica de los proyectos presentados; así como la falta de participación en el proceso de concertación de varios sectores de la sociedad civil, tales como las mujeres, los indígenas, los ciudadanos más pobres y los sectores empresariales.⁵

4. La rendición de cuentas en gobiernos regionales

La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (LOGR) reconoce a la rendición de cuentas y, específicamente, a la audiencia pública de rendición de cuentas, cuando desarrolla el “principio de gestión moderna y rendición de cuentas”:

“Principio de gestión moderna y rendición de cuentas: La Administración Pública Regional está orientada bajo un sistema moderno de gestión y sometida a una evaluación de desempeño. Los Gobiernos Regionales incorporarán a sus programas de acción mecanismos concretos para la rendición de cuentas a la

5 Para mayor información sobre los presupuestos participativos y los consejos de coordinación regional consultar: William Reuben y Leah Belsky, “La voz ciudadana en la rendición de cuentas de la política social”, en: Daniel Cotlear (Ed). *Un Nuevo Contrato Social para el Perú ¿Cómo lograr un país más educado, saludable y solidario?*. Lima: Banco Mundial, 2006, pp. 385-450; Carlos Monge, “La descentralización del Estado como una oportunidad para la gobernabilidad democrática”, en: John Crabtree (Ed). *Construir Instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico e Instituto de Estudios Peruanos – IEP, 2006, pp. 53-72; Grupo Propuesta Ciudadana. *La descentralización en el Perú: Un balance de lo avanzado y una propuesta de agenda para una reforma imprescindible*. Lima: Grupo Propuesta Ciudadana, 2006; Luis Chirinos Segura. *Participación ciudadana en gobiernos regionales: El caso de los consejos de coordinación regional*. Lima: Grupo Propuesta Ciudadana, 2004; William Reuben, “Voz y participación”, en: Marcelo Giugale, Vicente Fretes-Cibils y John Newman. *Perú. La oportunidad de un país diferente. Próspero, equitativo y gobernable*. Lima: Banco Mundial, 2006, pp. 831-847; Grupo Propuesta Ciudadana. *Vigilancia del proceso de descentralización. Balance 2003 – 2006. Reporte Nacional Número 11*. Lima: Grupo Propuesta Ciudadana, 2007, pp. 73-91; Stephanie McNulty, “Participación y sociedad civil: Experiencias de CCR y presupuestos participativos en seis regiones”, en: Aldo Panfichi (Ed). *Participación ciudadana en el Perú: Disputas, confluencias y tensiones*. Lima: PUCP, 2007, pp. 231-266. También se puede consultar: Colectivo Interinstitucional del Presupuesto Participativo. *Presupuesto Participativo: Agenda pendiente. Lecciones aprendidas y recomendaciones*. Lima: Colectivo Interinstitucional del Presupuesto Participativo, 2006; Mesa de Concertación de Lucha contra la Pobreza. *Presupuesto Participativo 2007. I Informe Nacional de Monitoreo: Resultados del proceso participativo*. Lima: Mesa de Concertación de Lucha contra la Pobreza, 2007; Gerardo Távora Castillo. “La participación ciudadana en el contexto de la descentralización en el Perú”, en: Romeo Grompone (Ed). *La participación desplegada en la política y la sociedad. Temas olvidados, nuevos enfoques*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, 2007, pp. 145-183.

ciudadanía sobre los avances, logros, dificultades y perspectivas de su gestión. La Audiencia Pública será una de ellas. Los titulares de la administración pública regional son gestores de los intereses de la colectividad y están sometidos a las responsabilidades que la ley establezca” (El subrayado es nuestro).⁶

El artículo 24° de la LOGR también regula de manera muy genérica, en materia de audiencias públicas regionales, lo siguiente: “El Gobierno Regional realizará como mínimo dos audiencias públicas regionales al año, una en la capital de la región y otra en una provincia, en las que dará cuenta de los logros y avances alcanzados durante el período”.

Al respecto, Gerardo Távara realiza una evaluación sintética de las audiencias públicas de rendición de cuentas a los gobiernos regionales, señalando lo siguiente:

“En el caso específico de la rendición de cuentas, además de un adecuado diseño institucional y sustento normativo, es preciso tomar las previsiones para que las audiencias públicas y actividades similares brinden información pertinente, comprensible y veraz, de forma tal que estas experiencias permitan efectivamente incrementar la asunción de responsabilidades por parte de las autoridades. Se requiere a la vez mayores esfuerzos para incentivar la demanda social por intervenir en el control y el balance de la gestión pública. Para ambos propósitos, la articulación del control social con el control legal es fundamental; la vigilancia ciudadana no reemplaza a las instituciones estatales de control, se trata más bien de fortalecer y optimizar la labor de la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, y dar mayor publicidad a los resultados de su intervención”.⁷

5. Los mecanismos de control a gobiernos regionales

Las formas de control a gobiernos regionales reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico-institucional están constituidas por los mecanismos de democracia directa establecidos en la Carta Política de 1993. En materia de participación ciudadana en asuntos públicos, el artículo 31° de la Carta Política de 1993, establece que “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o

⁶ Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, artículo 8°, inciso 3).

⁷ Gerardo Távara Castillo. “La Participación Ciudadana en el Contexto de la Descentralización en el Perú”, en: Romeo Grompone (Ed). *La participación desplegada en la política y la sociedad. Temas olvidados, nuevos enfoques*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, 2007, p. 178.

revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas”.

Por su parte, la Ley de Bases de la Descentralización, en su artículo 21°, establece las siguientes disposiciones en materia de fiscalización y control:

- “1. Los Gobiernos Regionales y Locales son fiscalizados por el Consejo Regional y el Concejo Municipal respectivamente, conforme a sus atribuciones propias.
2. Son fiscalizados también por los ciudadanos de su jurisdicción, conforme a Ley.
3. Están sujetos al control y supervisión permanente de la Contraloría General de la República en el marco del Sistema Nacional de Control. El auditor interno o funcionario equivalente de los Gobiernos Regionales y Locales, para los fines de control concurrente y posterior, dependen funcional y orgánicamente de la Contraloría General de la República.
4. La Contraloría General de la República se organiza con una estructura descentralizada para cumplir su función de control, y establece criterios mínimos y comunes para la gestión y control de los Gobiernos Regionales y Locales, acorde a la realidad y tipologías de cada una de dichas instancias”.

Los mecanismos de democracia directa reconocidos en el artículo 31° de la Constitución Política se desarrollan en la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, del año 1994. En esta ley se reconocen como derechos de control de los ciudadanos los siguientes:

- a) Revocatoria de autoridades.
- b) Remoción de autoridades.
- c) Demanda de rendición de cuentas.

Los mecanismos de democracia directa son concebidos en la teoría y en la práctica como complementarios a la democracia representativa. En términos técnicos, puede señalarse que éstos tienen una naturaleza residual en el sistema.

El único mecanismo de democracia directa empleado ha sido la revocatoria. Sin embargo, la realización de las denominadas “Consultas Populares de Revocatoria”, desde su inicio en el año 1997, se ha dado en distritos y provincias en su mayoría rurales, caracterizadas por contar con un pequeño número de electores y por tener superficies geográficas no extensas.

La revocatoria tiene un conjunto de requisitos muy exigentes que la someten a la regla fundamental de la democracia representativa: respetar los mandatos de las autoridades elegidas mayoritariamente por todos los ciudadanos y ciudadanas.

Estos requisitos (especialmente exigente es el primero de ellos) son los siguientes:

1. El veinticinco por ciento (25%) de los electores de una circunscripción electoral tiene que solicitar la revocatoria, con un tope de 400,000 firmas.
2. Para revocar a una autoridad se requiere la mitad más uno de los votos válidos (no se cuentan votos blancos ni viciados).
3. La revocatoria procederá sólo si ha asistido por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de los electores hábiles del padrón electoral.

La exigencia para la admisibilidad de la revocatoria se flexibiliza para el caso de la ciudad de Lima, único caso en el cual se aplica el tope de las 400,000 firmas para solicitar la referida consulta popular. De esta manera, la aplicación de la Ley N° 26300 discrimina a los ciudadanos y ciudadanas de Lima: el tope de las 400,000 firmas para solicitar la revocatoria, sólo es aplicable a la provincia de Lima y sólo equivale al 6.7% de la población electoral de Lima (de aproximadamente seis millones de electores). Este porcentaje es muy distante del 25% exigido para todas las circunscripciones del resto del país.

6. Conclusiones

Los mecanismos de democracia participativa tales como el presupuesto participativo y los consejos de coordinación deben mejorarse para subsanar los problemas señalados en el diagnóstico. Asimismo, se requiere una mayor regulación del mecanismo de rendición de cuentas, específicamente de la audiencia pública, para que ésta cumpla con sus objetivos.

Con relación a los mecanismos de democracia directa, especialmente la revocatoria, se requiere modificar la regulación de esta consulta popular para recuperar y garantizar su contenido ciudadano. Es necesario garantizar que la consulta popular de revocatoria sea un elemento complementario y subordinado a la democracia representativa; y que no sea capturado por grupos de interés particular, económico o político-partidario, como estaría ocurriendo hasta hoy. También, se tendría que eliminar la discriminación de los ciudadanos y ciudadanas de Lima, eliminando el tope establecido por la Ley N° 26300 de las 400,000 firmas para solicitar la consulta popular de revocatoria.

Por último, se requiere insistir en la reforma electoral y política del sistema democrático

representativo peruano para enfrentar la crisis de representación Estado-sociedad, configurada como un problema estructural de nuestra institucionalidad política desde fines de los años 80' del siglo XX.

EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO COMPONENTE DE LA ACTUACIÓN DEL ESTADO

*Hugo León Manco**

1. Introducción

A partir de la década de 1990 surge en el escenario internacional el consenso que, para lograr alcanzar eficacia y legitimidad en la actuación de los poderes públicos, necesitamos no sólo la adecuada interacción de los diversos niveles de gobierno, sino que requerimos tomar en cuenta la relación del Estado, con la empresa y la sociedad civil organizada.¹

Dicha preocupación generó que se desarrollen nuevos métodos de gobernar, los que se agrupan en lo que se conoce como buen gobierno o gobernanza, el cual se refiere a cómo el gobierno y otros actores sociales interactúan, cómo se relacionan con la ciudadanía y cómo son adoptadas las decisiones en un mundo tan complejo y cambiante.²

Como parte de esa corriente, los países de la región reconocieron la necesidad de acercar el gobierno a la ciudadanía en un proyecto mutuamente compartido de desarrollo y justicia. Es así que, en el año 2006, se aprobó el Código Iberoamericano de Buen Gobierno,³ el cual si bien no es una disposición jurídicamente vinculante, sí constituye una referencia respecto a la actuación de los Estados iberoamericanos.

En ese documento se define al buen gobierno como *“aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el*

* MSc in Public Policy & Programme Management por la Universidad de Bradford (UK) y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Ver por ejemplo: José Vidal Beltrán y Joan Prats i Catalá (Coord). Gobernanza. Dialogo Euro-Iberoamericano sobre el Buen Gobierno. Madrid: Colex-INAP, 2005. Cabe señalar que la empresa se identifica también como sector privado, mientras que la sociedad civil organizada (SCO) es también conocida en la literatura especializada como Tercer Sector, y está compuesta entre otros por las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones de voluntarios y la comunidad en general.

2 Graham John, Bruce Amos and Tim Plumptre. *Principles for Good Governance in the 21st century*. Ottawa: Institute on Governance. Policy Brief 15, 2003. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UNPAN/UNPAN011842.pdf> (consultada el 12 de noviembre de 2013).

3 Aprobada por la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado de junio de 2006, y adoptada por la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno de noviembre de 2006.

Estado de Derecho”.

Al respecto, es necesario señalar que el objetivo de este trabajo no es desarrollar una teoría sobre el buen gobierno, sino el presentar uno de sus componentes, el derecho a la participación ciudadana, y cómo éste contribuye a la actuación del Estado.

2. El derecho a la participación ciudadana

Antes de abordar la contribución de la participación ciudadana a la mejora en la actuación del Estado, debemos comenzar haciendo un recuento del origen de este derecho.

Como punto de partida debemos mencionar que el artículo 25° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que los ciudadanos y ciudadanas gozan de los siguientes derechos:

- “a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;*
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.”*

Sobre el particular, en la Observación General N° 25 del Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, se indica que la ciudadanía participa en los asuntos públicos de la siguiente forma:

- (i) Directa: al ser elegidos o designados como parte de órganos legislativos u ocupar cargos ejecutivos; e
- (ii) Indirecta: mediante representantes elegidos democráticamente.

Sin embargo, consideramos que dichos aspectos están relacionados con el derecho a votar y ser elegido, los que se encuentran protegidos por el literal b) del mencionado artículo.

Al respecto, debemos tener en cuenta que los ciudadanos y ciudadanas también participan de forma directa al elegir una Constitución o modificarla, al concurrir a referendos y otros procesos de consulta, o cuando asisten a asambleas populares facultadas a adoptar decisiones sobre cuestiones locales, y otros mecanismos similares de participación en

asuntos públicos.

Son estas manifestaciones las que - a nuestro entender - se encuentran protegidas de forma particular por el literal a) del artículo 25° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y es, en esencia, lo que identificamos como derecho a la participación ciudadana.

En efecto, la palabra *participación* casi siempre se relaciona con la participación electoral o participación política, sin tomar en cuenta que es un concepto mucho más amplio, ya que comprende no sólo la participación que se da en períodos electorales, sino fuera de ellos, y supone la intervención de organizaciones y movimientos sociales en asuntos públicos, y no sólo los partidos políticos.

Sobre el particular, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos expresa lo siguiente:

“La participación ciudadana va más allá del ejercicio de los derechos civiles y políticos. Es más abarcadora que la participación política, porque significa involucrarse de manera activa y consciente en la eliminación de los obstáculos a la igualdad, en la tarea de garantizar la plena vigencia y protección de los derechos humanos y la vida en democracia, así como en la construcción de una igualdad real para todas las personas que integran la sociedad. Esta situación permitirá que sectores de la sociedad civil tradicionalmente excluidos de los centros de toma de decisiones (como las mujeres, los pueblos indígenas, adultos mayores, afrodescendientes, etc.) sean tomados en cuenta, de tal forma que las instituciones del Gobierno garanticen la plena vigencia y protección de los derechos humanos.”⁴

Como puede apreciarse, el derecho a la participación ciudadana está protegido por el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, pero también encuentra sustento en nuestra Constitución Política.

Sobre el particular, en el numeral 17 de su artículo 2°, el cual está referido al “*Derecho de la Persona*”, se reconoce el derecho:

“17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos

4 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Participación Ciudadana*. San José: IIDH, Módulo Educativo número 3, 1997, p.13.

de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.”

Esta disposición general se complementa con lo expresado por el artículo 31° que se titula “Derechos y deberes de los ciudadanos”, en el cual se señala que:

“Artículo 31°.- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.”

En los artículos antes mencionados encontramos que se mezclan los derechos a elegir y ser elegidos que están vinculados a la participación electoral, con las otras manifestaciones del derecho a participar referidas a la intervención en la actuación de las entidades públicas y que identificamos como participación ciudadana.

De esta forma, se hace mención al derecho de remover o revocar autoridades, de iniciativa legislativa, de referéndum, de demanda de rendición de cuentas y al de participar en el gobierno municipal, a lo que hay que agregar el derecho de iniciativa de reforma constitucional recogido en el artículo 206° de nuestra Carta Fundamental.

3. Participación ciudadana como componente de la política pública

Aun cuando los términos política y la política pública son semejantes, en realidad se trata de entidades diferentes, ya que la primera se refiere al poder en general, mientras que la segunda corresponde a soluciones concretas de cómo manejar los asuntos públicos.⁵

La política pública se crea y desarrolla dentro de lo que se conoce como ciclo (o proceso) de la política pública, el cual - en su modelo más sencillo - incluye cuatro etapas:

- a) Definición: Un nuevo ciclo de la política pública comienza cuando se identifican problemas económicos o sociales que deben resolverse.
- b) Formulación y aprobación: Formular un programa que responda a la demanda por acción ante el problema identificado, por lo general aprobando la legislación que autorice la implementación del programa y dotándolo de fondos suficientes para ello
- c) Implementación: Las disposiciones de la política pública son llevadas a cabo por los órganos de la Administración Pública movilizand recursos financieros y humanos para cumplir con ella
- d) Evaluación: Los órganos responsables deben evaluar si los órganos ejecutivos, el Parlamento y la judicatura han cumplido con los requerimientos de la política pública y si han logrado sus objetivos.

Cada una de dichas etapas está vinculada a la que le sigue, y genera a su vez un proceso que no tiene propiamente un inicio definitivo o un fin.

Si bien cada una de esas etapas ha estado tradicionalmente a cargo de entidades públicas, al amparo del derecho a la participación ciudadana, es legalmente válido que las ciudadanas y los ciudadanos participen en ellas, tal como ha venido sucediendo.

Así, la ciudadanía viene contribuyendo permanentemente con identificar los problemas que afronta, ya sea desde el ejercicio de su derecho de petición hasta espacios más estructurados como son los del presupuesto participativo.

En la formulación y aprobación de la política pública también encontramos manifestaciones de la participación ciudadana, ya sea mediante la presentación de iniciativas legislativas o

5 Eugenio Lahera. *Política y Políticas Públicas*. Santiago de Chile: CEPAL, 2004. Disponible en: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/5/19485/sps95_lcl2176p.pdf (consultada el 24 de enero de 2014).

su aprobación por medio del referéndum.

La etapa de implementación estuvo reservada al Estado y sus agentes, pero cada vez más la Sociedad Civil Organizada (SCO) o inclusive el sector empresarial intervienen en la gestión de servicios públicos, tal como lo veremos más adelante.

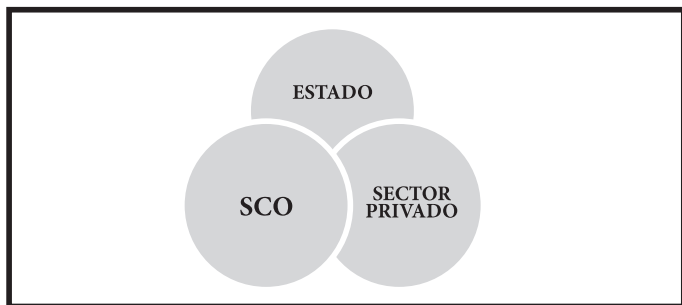
Por último, en lo que respecta a la evaluación, se evidencia mediante acciones de vigilancia que ejerce la población, sobre todo a nivel de Gobiernos Locales, y con el ejercicio de derechos como el de acceso a la información pública o el de rendición de cuentas.

Es necesario hacer un comentario adicional sobre la participación ciudadana en la fase de implementación de la política pública, es decir cuando ésta es puesta en práctica, cuando se prestar el servicio público.

Esta etapa es quizás en la que más se consideraba que el Estado tenía participación exclusiva. Sin embargo, podemos advertir que cada vez más la sociedad civil se responsabiliza por la prestación de servicios públicos sociales, como lo encontramos en el trabajo realizado por las mujeres reunidas en la Organización del Vaso de Leche, quienes en colaboración con el Estado contribuyen desde sus ámbitos en la lucha contra la desnutrición.

Asimismo, encontramos casos en los que el sector privado colabora de igual forma en la implementación de políticas públicas, como sucede cuando se arriesgan junto con el Estado en la ejecución de grandes obras de infraestructura, o en los casos en los que trabajan junto con las comunidades para la entrega de servicios.

Las situaciones antes mencionadas se pueden representar en un marco de acción pública, en el cual el Estado junto con el sector privado o la sociedad civil colaboran en la implementación de la política pública y comparten los riesgos, los beneficios y los mismos objetivos.



Cuando la sociedad civil organizada colabora con el Estado en la implementación de políticas públicas, lo hace a través de una *asociación*⁶ en el sentido más amplio del término (que no debe confundirse con la persona jurídica del Código Civil). Por su parte, cuando la colaboración se da entre el sector público y el sector privado, se materializa por medio de una asociación público-privada (APP).⁷ Y, por último, cuando la colaboración es ajena al Estado y se realiza por el trabajo conjunto de la sociedad civil organizada y la empresa, se efectúa bajo el título de responsabilidad social corporativa⁸.

4. Legislación peruana sobre participación ciudadana

Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos

Por medio de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos - Ley N° 26300, se regula el ejercicio de:

- (i) los derechos de participación: entre los que se identifica a la iniciativa de reforma constitucional, de formación de leyes y ordenanzas regionales y municipales, al referéndum, y otros mecanismos de participación recogidos en la normativa vigente; y
- (ii) los derechos de control ciudadano: los cuales se incluye a la revocatoria y remoción de autoridades, la demanda de rendición de cuentas y otros mecanismos de control que se establezcan en el ámbito de los gobiernos regionales y locales.

En cuanto a la iniciativa de reforma constitucional y para la de formación de normas con rango legal cabe mencionar que se requiere la adhesión del cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral. Mientras que por medio del referéndum las ciudadanas y ciudadanos pueden pronunciarse sobre temas normativos que se sometan a su consideración, para lo cual se requiere que lo soliciten no menos del 10% del electorado.

⁶ En la literatura especializada también se refieren a ella como *partnership* por su terminología en inglés.

⁷ A veces se refieren a ella como PPP por su terminología en inglés: *public private partnership*. En este punto cabe mencionar que en las APP, por lo general, el sector privado financia y construye la infraestructura o servicios públicos que la población requiere bajo su propia cuenta y riesgo, y el Estado permite cobrar una tarifa, además de otorgar garantías. La idea que subyace a esta figura es que si bien la empresa tendrá una renta por su intervención, esta no persigue únicamente objetivos comerciales sino que lo hace para colaborar con la labor del Estado.

⁸ También se conoce como responsabilidad social empresarial o como SCR, igualmente por sus siglas en inglés: *Social Corporate Responsibility*. Se refiere a las iniciativas de las empresas que tienen como objeto aliviar o mejorar el impacto social y ambiental que las actividades de las compañías tengan en su entorno, lo que lo aleja de la filantropía.

De otro lado, la revocatoria de autoridades es un mecanismo que se utiliza para destituir a autoridades elegidas, ya sean locales o regionales e inclusive a jueces de paz cuando sean elegidos por votación popular. Por su parte, la remoción es el mecanismo que tiene la población para retirar del cargo a las autoridades designadas por el Gobierno Nacional o Regional, pero con competencia regional, departamental, provincial o distrital. Mientras que la rendición de cuentas es un mecanismo por el cual los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a interpelar a la autoridad respecto a la ejecución presupuestal y el uso de sus recursos.

Siguiendo lo señalado con relación al ciclo de la política pública, los derechos mencionados como *“derechos de participación”* están referidos a etapa de la formulación y aprobación de la política pública, mientras que los vinculados a los *“derechos de control ciudadano”* se relacionan con la etapa de evaluación.

Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado

Mediante la Ley N° 27658 se aprobó la Ley marco de la modernización de la gestión del Estado, norma que es aplicable a las entidades de la Administración Pública de todos los niveles de gobierno, cuyo objeto es *“establecer los principios y la base legal para iniciar el proceso de modernización de la gestión del Estado, en todas sus instituciones e instancias”*.

En dicha norma, se señala que la finalidad del proceso de modernización es lograr *“mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, de manera que se logre una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos”*; es decir, busca que se alcance un Estado:

- a) Al servicio de la ciudadanía
- b) Con canales efectivos de participación ciudadana
- c) Descentralizado y desconcentrado
- d) Transparente en su gestión
- e) Con servidores públicos calificados y adecuadamente remunerados
- f) Fiscalmente equilibrado

En lo que respecta a la relación entre el Estado y los ciudadanos y las ciudadanas, la norma que comentamos ha asignado al Estado el deber de *“promover y establecer los mecanismos para lograr una adecuada democracia participativa de los ciudadanos, a través de mecanismos directos e indirectos de participación”*.

Cabe resaltar que el artículo 9 de la ley, bajo el título de *Control ciudadano*, reconoce el derecho de las ciudadanas y los ciudadanos a “*participar en los procesos de formulación presupuestal, fiscalización, ejecución y control de la gestión del Estado*”, conforme a los mecanismos que la legislación establezca; es decir, se reconoce la participación de la ciudadanía en cada una de las etapas del ciclo de la política pública.

Sin embargo, cabe mencionar que el artículo 10° de la misma norma indica que: “*El ciudadano en su relación con las instituciones del Estado tiene los derechos y deberes establecidos en los artículos 55° y 56° de la Ley N° 27444, nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*”; pero dichos artículos se refieren a derechos y deberes de los administrados dentro de un procedimiento administrativo y no son aplicables a otras relaciones con el Estado.

Ley del Procedimiento Administrativo General

A pesar de que cuando hablamos del derecho a la participación ciudadana no estamos pensando a la participación de un administrado dentro de un procedimiento administrativo, ya que ello obedece a intereses particulares, podemos encontrar en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General manifestaciones de la participación ciudadana en las actuaciones de los poderes públicos, con objetivos más general.

Así tenemos que, en el numeral 1.12 del Artículo IV del Título Preliminar de la ley, se reconoce como uno de los principios, el de participación, por el cual:

“Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.” (Subrayado agregado)

Por su parte, en el artículo 55°, referido a los derechos de los administrados, se señala que éstos tienen derecho a “*Participar responsable y progresivamente en la prestación y control de los servicios públicos, asegurando su eficiencia y oportunidad*.”;

De otro lado, el artículo 106° recoge el derecho de petición administrativa, el cual comprende no sólo la facultad de presentar solicitudes en interés personal del administrado, sino la de

presentar solicitudes de interés general de la colectividad, además de las facultades de pedir información, formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.

Sin embargo, tal vez la contribución más importante –por concreta- que efectúa esa norma al ejercicio del derecho a la participación ciudadana la encontramos en los artículos 181° y siguientes de la ley, cuando regula lo que denomina como *Administración Abierta*.

En efecto, se indica que además de los otros medios de “participación en los asuntos públicos” establecidos por otras normas, en la instrucción de los procedimientos administrativos las entidades se rigen por las disposiciones sobre la audiencia a los administrados y el período de información pública.

Con relación al primero de ellos, se debe convocar a audiencias públicas, como formalidad esencial, cuando el acto a emitirse dentro de dicho procedimiento sea susceptible de afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas, y que se refiera a materia ambiental, ahorro público, valores culturales, históricos, derechos del consumidor, planeamiento urbano y zonificación; o cuando el pronunciamiento sobre autorizaciones, licencias o permisos que el acto habilite incida directamente sobre servicios públicos.

En cuanto al segundo, cuando la decisión de la autoridad se refiera a temas de interés general no contemplados en el caso anterior, pero donde objetivamente se aprecie que la participación de terceros no determinados pueda coadyuvar a la comprobación de cualquier estado, información o de alguna exigencia legal no evidenciada por la autoridad, quien esté a cargo debe abrir un período no menor de tres, ni mayor de cinco días hábiles para recibir –por los medios más amplios posibles– sus manifestaciones sobre el asunto, antes de resolver el procedimiento.

5. Conclusiones

Conforme se señaló al inicio de este artículo, su objetivo es presentar uno de los componentes del buen gobierno, esto es el derecho a la participación ciudadana, y cómo éste contribuye a la actuación del Estado.

Al respecto, se ha expresado que dicho derecho es más abarcador que el derecho a la participación electoral, ya que comprenden el involucrarse de manera activa y consciente en la eliminación de los obstáculos a la igualdad, lográndose que sectores tradicionalmente excluidos sean tomados en cuenta en la toma de decisiones.

Esta situación nos hace recurrir a la principal herramienta usada por el Estado para abordar la solución de los problemas que se le presentan, y esto es por medio de la política pública.

Así, hemos visto cómo el derecho a la participación ciudadana se presenta dentro del ciclo de la política pública, y como esa situación está recogida en nuestra legislación, si bien no con ese detalle, pero sí con las facultades y derechos que están presentes en una serie de normas de alcance general.

LEGALIDAD, BUENAS PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS Y EFICACIA EN EL SECTOR PÚBLICO: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA DEL BUEN GOBIERNO*

*Alberto Castro***

1. Introducción

En el presente artículo se sostiene que marcos regulatorios contruidos a partir de la positivización de las buenas prácticas entendidas como estándares normativos pueden contribuir a mejorar la calidad de nuestra administración pública y, por consiguiente, fortalecer la legitimidad de la actuación administrativa del Estado. Asimismo, sostenemos que es el ombudsman una de las instituciones que contribuye, a partir de sus facultades normativas, al desarrollo de estos nuevos marcos regulatorios con el objetivo de coadyuvar a la realización del buen gobierno, la buena administración y el respeto de los derechos de los ciudadanos. El análisis se hace teniendo como referencia la perspectiva jurídica de la gobernanza y el buen gobierno.

Con este fin, el artículo se divide en cuatro partes. En la primera se brinda una definición del buen gobierno y de su contenido normativo, para luego establecer la relación entre dicho concepto, el desarrollo de marcos regulatorios y el principio de buena administración (2). En la segunda parte se analiza la relación entre la buena administración y el concepto de eficacia como principio informante de la actuación de la administración pública. También se reflexiona sobre el carácter de las buenas prácticas como normas de soft-law y su relación con el principio de legalidad. Al respecto, se sostiene que las normas de buena conducta administrativa derivadas de las buenas prácticas, no deben ser vistas como normas de carácter extra-jurídico, sino como normas que regulan la actuación de la administración y por las cuales ésta se vincula a la ley y al derecho (3). En la tercera parte se analiza el rol del ombudsman en la promoción de buenas prácticas y el desarrollo de normas de buena conducta administrativa (4). Finalmente, se presentan algunas conclusiones (5).

* El presente artículo está basado en la ponencia presentada en la Conferencia Internacional “Buen gobierno y derechos humanos: Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú”, realizada en la ciudad de Lima el 5 de diciembre de 2012. Las reflexiones aquí vertidas están inspiradas en el marco teórico desarrollado como parte de mi investigación doctoral. Quiero agradecer al profesor Henk Addink, de la Universidad de Utrecht, por nuestras constantes conversaciones.

** Coordinador del Programa de Segunda Especialidad de Derecho Público y Buen Gobierno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador y candidato a PhD por la Universidad de Utrecht.

2. El concepto de buen gobierno y su relación con el desarrollo de marcos regulatorios

2.1. El buen gobierno como valor fundamental del moderno Estado social y democrático de derecho

El buen gobierno se erige en nuestros días como uno de los tres pilares del Estado moderno. Como señala el profesor Henk Addink, el Estado moderno se asienta en tres valores fundamentales: El valor Estado de derecho, el valor democracia y el buen gobierno.¹ Los tres se encuentran intrínsecamente vinculados al surgimiento y evolución misma del Estado.

El Estado moderno es el resultado de un proceso histórico y continuo, cuyos contornos se van (re)definiendo conforme a las exigencias de la sociedad de su tiempo. Así, podemos observar cómo el principio estado de derecho es el resultado de un proceso histórico que podemos ubicar de manera general entre los Siglos XVIII y XIX y que está vinculado a la formación del Estado liberal clásico. El principio estado de derecho busca controlar el ejercicio de la discrecionalidad y brindar garantías a los ciudadanos contra posibles actos arbitrarios de los gobernantes.

Posteriormente, el proceso de industrialización y la configuración de nuevos grupos sociales dio origen al surgimiento de un nuevo orden jurídico-político: el Estado Democrático de Derecho. Así, el principio democrático emergió re-definiendo las bases del Estado liberal, a la vez que preservando el contenido esencial del principio estado de derecho. El Estado moderno ha evolucionado de la mano con los principios estado de derecho y democracia, en un proceso que lo ha conducido desde el clásico Estado de Derecho Liberal hasta el Estado Social y Democrático de Derecho del Siglo XX. En el Estado Social y Democrático de Derecho, modelo según el cual el Estado se caracteriza por ser prestador de bienes y servicios, el principio democrático se conecta principalmente con los principios de pluralismo político y consentimiento, el principio Estado de derecho con la libertad y el principio Estado social con la igualdad.²

En nuestros días, asistimos el surgimiento de un nuevo modelo de Estado como consecuencia de las nuevas dinámicas en la relación entre los ciudadanos y el poder estatal. Son aspectos como el incremento de los niveles de participación de la sociedad civil en áreas que estaban

1 Henk Addink, et al (Eds). *Human Rights & Good Governance*. SIM Special 34. Utrecht: Utrecht University, 2010, pp. 11-12. También ver la contribución del profesor Addink en el presente volumen.

2 Luciano Parejo. *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Editorial Civitas, 1983, p. 67.

hasta hace no mucho bajo exclusiva responsabilidad Estatal los que estarían empujando este proceso. Así, estaríamos ante la figura de lo que Schmidt-Assmann denomina el “Estado cooperativo” por la mayor interacción entre sector privado y el Estado para la consecución de objetivos públicos, dejando de ser el Estado el prestador de bienes y servicios para constituirse en el garante de la calidad de las prestaciones.³

En cualquier caso, parece no haber dudas de que nos encontramos ante una nueva etapa evolutiva del Estado moderno. Este proceso esta siendo impulsado por la revolución de las comunicaciones y la mayor participación de actores sociales cada vez mejor informados y que interactúan a escala global en la era de la sociedad de la información. Como ha señalado el profesor Juli Ponce Solé, en la era de las comunicaciones, los ciudadanos no solo exigen que las decisiones adoptadas por las autoridades estén ajustadas a derecho, sino también desean saber por qué y cómo dichas decisiones han sido tomadas.⁴ Esto refleja un nuevo interés por la calidad en la actuación de los poderes públicos como fuente adicional de legitimidad.⁵

En este contexto, nuevas formas de intervención y regulación emergen para guiar la actuación del Estado. En el nuevo Estado moderno, donde este no se constituye en el principal proveedor de bienes y servicios pero sí en el garante de la eficacia de las prestaciones, el derecho no estaría únicamente orientado a controlar el ejercicio de la discrecionalidad, sino también tendría como propósito direccionar el uso de ésta por medio de mecanismos regulatorios que faciliten la consecución de la calidad de la actuación de los poderes públicos.

Entonces, es como parte del proceso evolutivo del Estado moderno que emerge el principio de buen gobierno. Su desarrollo confirma la naturaleza dual del derecho: su compromiso con la estabilidad y la predictibilidad (lo que conocemos como seguridad jurídica) y su vocación por adaptarse a la necesidades de sociedades en constante cambio. El buen gobierno no es un concepto carente de implicancias jurídicas. Por el contrario, como valor fundamental y como principio jurídico, representa el redimensionamiento de las funciones propias del Estado y de la actuación los poderes públicos.

3 Eberhard Schmidt-Assmann. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Marcial Pons: Madrid, 2003 pp. 36-39.

4 Juli Ponce Solé. “Good administration and European Public Law. The fight for quality in the field of administrative decisions”, en: *European Review of Public Law*, Vol. 14, N° 4, 2002, p. 1504.

5 Juli Ponce Solé. “El derecho a la buena administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública”, en: *R. Proc.-Geral Mun. Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, Ano 2, N° 2, jan./dez. 2012, p. 307.

2.2. El contenido jurídico normativo del buen gobierno y su relación con el desarrollo de marcos regulatorios

Habiendo dicho esto, lo que toca precisar ahora es cuál es el contenido y el alcance normativo del buen gobierno como concepto jurídico y más precisamente como principio general del derecho. Con este propósito, he delimitado el contenido jurídico del buen gobierno sobre la base de la formulación de tres definiciones conceptuales que se encuentran interconectadas y que explican este fenómeno en diferentes niveles de abstracción.

La primera es la que denomino una definición sustantiva o material, la misma que nos permite aproximarnos al concepto de buen gobierno como herramienta analítica. Desde esta perspectiva, el concepto de buen gobierno está vinculado al concepto de gobernanza (*governance*). Hyden ha definido la gobernanza como el proceso de formación de las reglas, formales e informales, que regulan el ámbito público en el que actúan tanto el Estado como el sector empresarial y la sociedad civil.⁶ Al respecto, Cerrillo señala que la gobernanza está caracterizada por la interacción entre la pluralidad de actores, relaciones horizontales, la búsqueda de equilibrio entre el poder estatal y la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos. Asimismo, la define como el conjunto de principios y valores que regulan la interacción entre actores que intervienen en el ámbito público.⁷

Por su lado, Rhodes hace referencia al concepto de gobernanza como “método” de regulación y dirección de las relaciones entre actores estatales y un número cada vez más amplio de actores no estatales (o redes).⁸ Así, puede afirmarse que hay cierto consenso en la doctrina en torno a que el concepto de gobernanza está vinculado al proceso de formación de nuevos y flexibles marcos regulatorios.⁹ Y aunque como método de regulación la gobernanza presenta diferentes dimensiones y ámbitos de aplicación,¹⁰ desde una perspectiva jurídica aplicada al ámbito de la actuación de los poderes públicos, la gobernanza se encuentra referida al conjunto de procesos de formación de marcos regulatorios mediante los cuales el Estado desempeña sus funciones o, en otras palabras, que determinan la forma en el que el Estado ejerce el poder.

6 Goran Hyden, et. al. (Eds). *Making sense of governance. Empirical evidence from 16 developing countries*. Boulder-Londen: Lynne Rienner Publishers, 2004, p. 16.

7 Agustí Cerrillo i Martínez. “La gobernanza hoy: Introducción”, en: Agustí Cerrillo i Martínez (Coord). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: INAP, 2005, pp. 13-14.

8 R.A.W. Rhodes. “The new governance: Governing without governance”, en: *Political Studies* (1996) Vol. XLIV, pp. 652-653; R.A.W. Rhodes. “Understanding governance: Ten years on”. In: *Organization Studies* (2007) 28(08), pp. 1244-1247.

9 Grainne De Búrca and Joanne Scott. “Introduction: New governance, law and constitutionalism”, en: Grainne de Búrca and Joanne Scott (Eds). *Law and new governance in the EU and the US*. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 2-4.

10 Goran Hyden, et. al. (Eds), *Op. Cit.*, pp. 17-22.

Desde esta perspectiva, el buen gobierno como concepto jurídico debe ser entendido en términos de procesos vinculados con normas que buscan conducir la acción del Estado en la dirección deseada. Quiero precisar que hago referencia al concepto de buen gobierno (que es el término con el que he traducido la expresión *good governance*) porque considero que expresa mejor los alcances normativos de la dimensión jurídica de la gobernanza, en el contexto del ejercicio de las funciones públicas por parte de actores estatales. También quiero señalar que en esta línea, por “gobierno” debe entenderse no al Ejecutivo, si no al “Estado” en su conjunto, al manejo de la cosa pública. El buen gobierno, como concepto jurídico que se desarrolla como resultado de la evolución del Estado moderno, recoge y expresa los métodos de la gobernanza.

De esta manera, el buen gobierno esta vinculado al establecimiento de marcos regulatorios que orientan “un modo” en la actuación de los poderes públicos constituyéndose en herramientas de dirección del ejercicio de la discrecionalidad estatal para la consecución de objetivos públicos y el aseguramiento de la calidad de las intervenciones de los agentes del Estado. Es en este sentido que, siguiendo las ideas desarrolladas por Schmidt-Assman y la doctrina jurídica alemana en torno a la llamada “Nueva Ciencia del Derecho Administrativo”, desde mi punto de vista, el buen gobierno como concepto jurídico se asienta en la concepción del derecho como ciencia de dirección.¹¹ De acuerdo con esta perspectiva, el derecho público es un instrumento de dirección de la actuación del Estado, centrado en los procesos decisorios y el logro de resultados.

Como podemos apreciar, el buen gobierno se vincula al establecimiento de principios, reglas, procedimientos y buenas prácticas para regular el ejercicio del poder Estatal. Pero no se trata de que el Estado ejerza su poder de cualquier manera, sino de garantizar un adecuado ejercicio del poder mediante el correcto desempeño de las funciones publicas. Por consiguiente, la organización y el funcionamiento del Estado, y las normas que regulan dichos aspectos, deben estructurarse en torno a un ideal común o valor fundamental que es el que determina aquel “correcto” ejercicio del poder estatal.

Esto nos conduce a nuestra segunda definición del buen gobierno, que es una definición prescriptiva. Desde esta perspectiva, y siguiendo a Addink, el buen gobierno puede ser concebido como un “meta-concepto” o un valor fundamental. Como valor fundamental

11 Eberhard Schmidt-Assman. Op. Cit., pp. 27-35; Eberhard Schmidt-Assman, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en: Javier Barnes (Ed). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2006, pp. 37-45; W. Kahl, “What is ‘new’ about the ‘New Administrative Law Science’ in Germany”, en: *European Public Law*, Vol. 16, N° 1, 2010, pp. 105-121.

el buen gobierno, al igual que la democracia, puede definirse no solo como un medio sino también como un fin en si mismo.

Es así que he definido el buen gobierno como: el adecuado y responsable ejercicio del poder y del cumplimiento de los deberes de función estatal, garantizando la realización de los derechos humanos y la protección del interés público, proveyendo marcos institucionales transparentes y participativos para el eficaz funcionamiento del aparato estatal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, como medio para asegurar el desarrollo de todos los miembros de la sociedad en condiciones dignas y de igualdad.

Que el buen gobierno sea definido como un valor fundamental hace que, dentro de la jerarquía de nuestro sistema normativo, pueda ser concretizado como un principio de rango constitucional. Esto nos conduce a nuestra tercera definición del buen gobierno, la de carácter instrumental. Esta nos permite conceptualizar al buen gobierno como un principio general del cual derivan un conjunto de otros principios (o sub-principios).

El surgimiento del principio de buen gobierno sería el resultado del desarrollo de este grupo de principios de rango constitucional. Ellos son los elementos constitutivos del buen gobierno, definen su contenido y determinan su posición constitucional. Cabe señalar que el carácter constitucional de éstos principios ha sido reconocido (ya sea implícita o explícitamente) en la mayoría de los Estados democráticos de derecho modernos. En tanto principios constitucionales, informan a los poderes públicos y establecen estándares en base a los cuales evaluar la actuación del Estado.

En mi concepto, cinco son los principios de buen gobierno:¹² corrección,¹³ transparencia, participación, rendición de cuentas y eficacia. En tanto principios de raigambre constitucional vinculan a todos lo poderes públicos. Su aplicación concretiza el principio de buen gobierno en cada uno de los poderes del Estado. De ellos derivan otras normas que en conjunto proveen los marcos regulatorios para el ejercicio de la función pública como parámetros de calidad.

12 Aquí adoptamos la posición desarrollada por la Escuela de Utrecht. No obstante, es preciso señalar que para la Escuela de Utrecht, los derechos humanos son un sexto principio del buen gobierno. A mi entender los principios de buen gobierno y los principios de derechos humanos presentan una relación de interdependencia, aunque desde un punto de vista teórico se mantienen como categorías diferentes.

13 “Corrección” es el término con el que he traducido la expresión *properness*. Como principio de buen gobierno, al principio de corrección, o principio corrección funcional, como lo he denominado haciendo uso de la categoría desarrollada por Pérez Luño, le he asignado un valor jurídico normativo y no un contenido ético. En este sentido, dicho principio se vincula a los principios de seguridad jurídica y legalidad, así como al de separación de poderes. No obstante, como principio de buen gobierno, el principio de corrección desarrolla sus propias características como se explica brevemente en este artículo.

Como ya ha sido señalado, como valor fundamental o como principio de raigambre constitucional, el buen gobierno es el resultado de la evolución misma del Estado moderno, y como tal está relacionado con el principio Estado de derecho y con el principio democrático. Siendo así, los principios de buen gobierno también están relacionados con ambos principios fundamentales. De allí que, por ejemplo, principios generales del derecho como la interdicción de la arbitrariedad, imparcialidad, objetividad y prohibición del abuso de poder que derivan del principio estado de derecho, puedan ser agrupados como principios vinculados a lo que denomino, tomando prestada la categoría desarrollada por Pérez Luño, el deber constitucional de “corrección funcional” de la actuación de los poderes públicos, entendido este último como principio del buen gobierno.

Desde esta perspectiva, y en la línea de Pérez Luño, la corrección funcional está referida al funcionamiento de los órganos estatales y su sujeción al principio de legalidad, evitando la arbitrariedad en el ejercicio del poder.¹⁴ Asimismo, el principio de corrección, asentado en el principio de separación de poderes como elemento sustancial del Estado de derecho, implica no solo que los poderes públicos deban ejercer sus funciones sin interferir en las competencias de los otros, sino a su vez, de manera complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la constitución.¹⁵

Esto implica por parte de las instituciones tanto su adherencia a los objetivos y fines para los cuales fueron creadas, así como la observancia y aplicación por parte de dichas instituciones de los valores consagrados en el ordenamiento jurídico y que están requeridas a cumplir.¹⁶ Es decir, la fidelidad a lo que ciertos autores han denominado “*the integrity branch*” de la constitución.¹⁷ Y es así que el principio de corrección funcional, en tanto principio del buen gobierno, nos ofrece una perspectiva más amplia del principio de legalidad dado que comprende, además, todos aquellos valores inherentes al Estado Constitucional y Democrático de Derecho que no son exigibles por los mecanismos tradicionales de control, como el que constituye la vía judicial.¹⁸

El principio de buen gobierno busca garantizar la función orientadora del derecho. En la medida que el buen gobierno se enfoca en cómo las funciones públicas son ejercidas

14 Antonio Pérez Luño, *La Seguridad Jurídica*, Barcelona: Ariel, 2da edición, 1994, p. 31 y ss.

15 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0030-2005-PI/TC, Fundamento 51.

16 J. Spigelman, The integrity branch of government. “The integrity branch of government”, en: *Australian Law Journal*, Vol. 78, N° 11, 2004, p. 724.

17 Al respect ver: J. Spigelman. Op. Cit.; B. Ackerman. “The new separation of powers”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 113, N° 3, January 2000, pp. 691-693.

18 R. Kirkham, B. Thompson and T. Buck. “Putting the ombudsman into constitutional context”, en: *Parliamentary Affairs*, Vol. 2, N° 4, 2009, p. 65.

y las decisiones tomadas, se puede afirmar que se relaciona con el fenómeno del poder desde una perspectiva dinámica. Por ello, el principio de buen gobierno es de naturaleza procedimental. Asimismo, ofrece una perspectiva positiva del derecho por estar a favor del correcto ejercicio de la discrecionalidad y no en contra de ella, así como a favor de la calidad de las intervenciones públicas.

En suma, como principio o valor fundamental, el buen gobierno ofrece un nuevo paradigma del derecho basado en la calidad de las decisiones, el respeto de los derechos ciudadanos y el adecuado ejercicio de la discrecionalidad.

2.3. La buena administración y su relación con el buen gobierno

El buen gobierno como principio general de carácter constitucional vincula a todos los poderes del Estado. La realización de este principio exige a los poderes públicos el deber de ejercer sus funciones en concordancia con las obligaciones derivadas de los sub-principios que lo componen: corrección, transparencia, participación, rendición de cuentas y eficacia. El buen gobierno se realiza a través de la concreción de sus sub-principios en cada uno de los poderes del Estado y niveles de gobierno.

Así, de manera preliminar, puede señalarse que la buena administración es consecuencia de la aplicación de los (sub)principios de buen gobierno en el ejercicio de actividad administrativa. A este nivel, corrección, transparencia, participación, rendición de cuentas y eficacia serán considerados a su vez como principios de buena administración. Del resultado de su aplicación podrán derivar otras normas con contenido y alcances específicos que orientarán la acción administrativa del Estado.

Entonces buena administración es la expresión del buen gobierno en sede administrativa. La buena administración es la manifestación más clara del nuevo paradigma que propugna el buen gobierno al centrarse en la forma en que las decisiones son tomadas como factor de calidad, para lo cual su preocupación no es el control de la discrecionalidad sino el direccionar el uso de la misma para que se adopte la mejor decisión posible.¹⁹ Como tal, constituye una expansión del alcance de los estándares que regulan la conducta de la administración. Representa de manera concreta una preocupación por la calidad de la

19 Juli Ponce Solé. *Deber de buena administración y procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001, pp. 127-132.

actividad administrativa como forma de legitimación de la actuación del Estado.²⁰

En su expresión básica, la buena administración recoge dos de los valores centrales del Estado democrático de derecho: el control de la discrecionalidad; y, la objetividad e imparcialidad en la actuación de los poderes públicos.²¹ Es así que el principio de buena administración engloba a otros principios generales del derecho que impregnan todo el sistema jurídico pero que son particularmente relevantes para el ejercicio de la función administrativa y el control de la discrecionalidad como forma de proteger los derechos e intereses de los ciudadanos. Nos referimos a principios tales como legalidad, predictibilidad, objetividad, imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad, entre otros.

Pero el surgimiento del concepto de buena administración como resultado de la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia Europeo y su posterior incorporación en los derechos nacionales producto del llamado proceso de Europeización o mutua-cros-fertilización²² del derecho, habría conducido a la expansión de este principio cuyos alcances irían más allá del control de la discrecionalidad.

Es así que, como principio del buen gobierno, el principio de buena administración generaría tanto obligaciones negativas (de no hacer) como obligaciones positivas (de hacer) en la administración pública. Las obligaciones negativas que son consecuencia de su vinculación con los principios clásicos que derivan del principio estado de derecho se orientan a controlar posibles actos arbitrarios en el ejercicio de la discrecionalidad. Por el contrario, las obligaciones positivas buscan direccionar el ejercicio de las facultades discrecionales para el logro del interés general. En este sentido, da respuesta a la preocupación por la calidad de las decisiones y en la implementación de las políticas como forma de legitimar actuación de los poderes públicos. Una forma de legitimidad que va más allá de aquella que otorga la sujeción de los poderes públicos al principio de legalidad (propia del modelo weberiano). Es en este orden de ideas que podemos ubicar a la buena administración como expresión del buen gobierno.

En el sistema Europeo la buena administración ha sido reconocida como un principio y como derecho fundamental. El concepto surge vinculado al desarrollo de principios

20 M. Smith. "Developing administrative principles in the EU: A foundational model of legitimacy?", en: *European Law Journal*, Vol. 18, N° 2, 2012, p. 276.

21 J.A. Santamaría Pastor. *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid: Iustel, 2004, Vol. 1, pp.113-115.

22 K. Lenaerts and J.A. Gutiérrez-Fons. "The constitutional allocation of powers and general principles of EU Law", en: *Common Market Law Review*, Vol. 47, 2010, p. 1630. También ver: J. Bell. "Mechanisms for cross-fertilisation of administrative law in Europe", en: J. Beaton and T. Tridimas (Eds). *New directions in European Public Law*. Oxford: Hart Law Publishing, 1998, pp. 147-167.

generales de carácter procedimental en el derecho comunitario por parte del Tribunal Europeo de Justicia.²³ Posteriormente, es consagrado como derecho subjetivo en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. El derecho a la buena administración, tal y como está reconocido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, guarda concordancia con su dimensión de garantía procesal.²⁴

En base a las opiniones de los abogados generales y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,²⁵ algunos autores han caracterizado a la buena administración como un concepto compuesto de tres capas: la capa de las garantías procedimentales conectada con el reconocimiento de la buena administración como derecho; la capa de los principios que estructuran el ejercicio de las funciones administrativas para la realización del interés general; y finalmente la capa de las normas de buena conducta administrativa como normas de soft-law.²⁶

Esto nos re-conduce a una división del significado jurídico de la buena administración, a partir de una doble definición. Primero, una definición estricta vinculada a su función garantista dentro del procedimiento; y, segundo, una definición amplia que reconoce a la buena administración como principio general en el que se combinan normas de carácter vinculante y no vinculante que estructuran el ejercicio de la funciones administrativas direccionando el ejercicio de la discrecionalidad en línea con la búsqueda de la satisfacción del interés general.²⁷

Así, en sentido estricto, la buena administración puede ser definida como un principio únicamente vinculado al proceso de toma de decisiones administrativas y en tal sentido comprende una serie de principios y garantías procesales. Una de las obligaciones derivadas de este principio sería el deber de la administración pública de tomar no solo decisiones legales, sino también buenas decisiones a través de la implementación de procedimientos que garanticen el ejercicio adecuado de la discrecionalidad.²⁸

Desde esta perspectiva, la buena administración se concretiza a través del procedimiento

23 Ver por ejemplo: Joined Cases 7/56 y 3/57 al 7/57 *Algera v Common Assembly* [1957] ECR 39, para. 7 and 12. También, Case 46/87 *Hoechst v Commission* [1989] ECR 2859, summary point 1 and 3.

24 K. Kanska. "Towards administrative human rights in the EU. The impact of the Charter of Fundamental Rights", en: *European Law Journal*, Vol. 10, N° 3, 2004, p. 305.

25 Ver por ejemplo la Opinión del Abogado General Sir Gordon Slynn del 27 de octubre de 1983 en el Caso 64/82 *Tradax Graanhandel BV vs. la Comisión* [1984], ECR 1386. También ver: Caso T-31/99, *ABB Asea Brown Boveri Ltd vs la Comisión* [2002] ECR II-1881, para. 104. Caso T-59/05, *Evropaiki Dynamiki vs. la Comisión* [2008] ECR II-00157, para. 150, 152, 156 and 159.

26 J. Mendes. *Good administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behavior*. European University Institute. EUI Working Papers, Law 2009/09, pp. 4-6.

27 Ibid.

28 Juli Ponce Solé. *Deber de buena administración y procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, p. 127.

administrativo, pero no de cualquier procedimiento administrativo sino, como el profesor Ponce Solé ha señalado, de un buen procedimiento. El reconocimiento de la buena administración como un derecho está relacionado con la perspectiva garantista y el carácter procedimental de este concepto. Así, el derecho a la buena administración se vincula a los conceptos de “natural justice”, “due process of law”, o el de debido proceso. En el caso Peruano el “debido proceso en sede administrativa” ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional tanto como principio constitucional, así como derecho fundamental implícito en nuestro ordenamiento constitucional. De este principio general deriva el principio del “debido procedimiento administrativo” codificado en el Artículo IV numeral 1.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En el sentido amplio del término, la buena administración es un principio general que guía la actuación positiva de la administración. Como principio general orienta la aplicación tanto de normas de carácter vinculante como de instrumentos de soft-law con el fin servir al interés general. En este sentido permite conducir la correcta actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de la discrecionalidad.

El principio de buena administración guía toda actividad administrativa, incluyendo aspectos organizacionales y las relaciones con los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el alcance normativo de la buena administración se expande más allá del ámbito procedimental o del procedimiento administrativo. Debo señalar que el Tribunal Constitucional Peruano ha reconocido la existencia del principio de buena administración como principio constitucional implícito en nuestro ordenamiento jurídico.²⁹ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que con dicho principio se pone en evidencia “no sólo que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues ‘están al servicio de la Nación’, sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente”.³⁰

Cabe mencionar que, mientras una definición en sentido amplio de la buena administración permite derivar consecuencias en el ámbito del procedimiento, su sola definición como garantía procedimental no explica su carácter como principio general. Por ello, en mi opinión, la buena administración es un principio general del que derivan otros principios (de carácter sustantivo, adjetivo y organizacional). A su vez, dicho principio permite desarrollar el fundamento de un derecho autónomo a la buena administración entendido como garantía procesal que se expresa en el “derecho a un debido procedimiento

29 Sentencia recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC, párrafo 10.

30 Ibid.

administrativo”. Por autónomo nos referimos a un derecho que no es tributario del derecho al debido proceso en sede judicial.

La buena administración define una manera de ser de la administración. Implica una nueva perspectiva del rol de los principios generales de derecho administrativo en la promoción del interés general y la eficacia en la consecución de objetivos públicos. Extiende el alcance de los principios administrativos más allá de su intrínseca relación con el principio estado de derecho tradicionalmente entendido como vinculado al control de la discrecionalidad.

Consecuentemente, el desarrollo del principio de buena administración ha conducido a la expansión de los alcances de los principios que regulan el ejercicio de la función administrativa. Así, la buena administración, en tanto principio del buen gobierno, no se limita a evitar la mala conducta de los funcionarios públicos para proteger los derechos e intereses de los ciudadanos sino que además impone en ellos la obligación positiva del adecuado ejercicio de sus funciones para garantizar el interés general así como promover la confianza y aceptación de las decisiones administrativas. Desde esta perspectiva, la administración tiene la obligación, como señala el profeso Juli Ponce Solé, de ponderar, evaluar todos los elementos en juego antes de tomar una decisión con el fin de garantizar que aquella sea la mejor decisión posible; así como la obligación de motivar, explicar las decisiones adoptadas.³¹

3. Buena administración, eficacia, legalidad y buenas prácticas

3.1. Buena administración y eficacia

El concepto de buena administración nos provee de nuevas perspectivas en la forma como entendemos que las funciones administrativas y la discrecionalidad deben ser ejercidas. Por esta razón, puede contribuir a generar cambios en la cultura institucional y burocrática de las administraciones públicas. El desarrollo de instrumentos de derecho administrativo desde la perspectiva del principio de la buena administración puede ser considerado un mecanismo adecuado para promover la calidad y la eficacia de la administración pública.

Como principio del buen gobierno, el principio de eficacia es uno de los de más reciente

31 Juli Ponce Solé. “El derecho a la buena administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública”, p. 307. También ver: Juli Ponce Solé. “Good administration and European Public Law. The fight for quality in the field of administrative decisions”, p. 1504.

desarrollo.³² Desde una perspectiva clásica, la eficacia de las normas jurídicas está relacionada con el cumplimiento de las mismas por parte de sus destinatarios. De allí que, por ejemplo, las leyes que buscan combatir la corrupción serán eficaces si logran efectivamente controlar dicho fenómeno través de la imposición de sanciones dirigidas a los funcionarios públicos (y actores privados) que cometen actos de corrupción. Desde esta perspectiva, se establece una relación entre eficacia y la fuerza coercitiva que se le otorga al derecho, aunque siguiendo a MacCormick, considero que éste es un atributo no del derecho sino del Estado moderno como entidad jurídico-política.³³

De otro lado, podemos referirnos a la eficacia del derecho en relación a su aceptación voluntaria por parte de sus destinatarios. Aquí, la observancia de las normas jurídicas y su aceptación como obligatorias reside en los usos y costumbres de los ciudadanos de un Estado. Estos elementos son los que determinan, en última instancia, el sentido del “deber ser” que caracteriza al derecho como orden normativo institucional.³⁴ Toda costumbre - e incluso todo hábito de obediencia - requiere alguna forma de consentimiento.³⁵ Así, la observancia de toda norma jurídica y el reconocimiento de su obligatoriedad, está sujeta en cierta medida a la voluntad de los actores.³⁶

Los cambios que experimenta la administración pública desde finales de la década de los 70’ del siglo pasado han tenido, sin ninguna duda, un efecto en el derecho y en la perspectiva jurídica tradicional del principio de eficacia. Así, la preocupación por la calidad de las prestaciones por parte del Estado como fuente de legitimidad, ha originado que la eficacia como estándar normativo pueda también ser concebida desde una perspectiva operacional.

Desde esta perspectiva, la eficacia esta vinculada, en primer lugar, al logro de los objetivos establecidos por la institución. Pero también se inserta dentro de una dimensión más amplia, relacionada con la calidad de los servicios, el funcionamiento y organización de la administración, y las necesidades que conlleva la adecuada implementación de las políticas públicas. Esta dimensión del principio de eficacia está conectada con el desarrollo del principio de buena administración.

Como ha sido señalado anteriormente, la buena administración se concretiza a partir de una serie de normas vinculantes y no vinculantes o de soft-law. En este sentido, el principio

32 Henk Addink. *Good governance: Concept and context*. Utrecht University, 2013 (Draft Version), p. 117.

33 Neil MacCormick. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons. pp. 59-62.

34 Ibid, pp. 63-64.

35 Massimo La Torre. *Law as institution*. Dordrecht: Springer, 2010, pp. 38-39.

36 Ibid, pp.127-128.

de eficacia puede derivar en estándares o marcos regulatorios relevantes desde el ámbito de la gestión y las políticas públicas, vinculados a la operación interna de la administración, para el logro de resultados. Y esto nos conduce a reflexionar sobre la necesidad de que la administración pública cuente con mayores espacios de discrecionalidad para alcanzar racionalidad y eficacia administrativa. Lo que cual no significa, como ha hecho notar Juli Ponce, dejar estos espacios de discrecionalidad indiferentes al derecho. Pero sí realizar un esfuerzo por acercarnos a dicho fenómeno desde una faz positiva orientada a direccionar la discrecionalidad para el logro de los objetivos públicos. Al final, una administración eficiente es condición necesaria para la garantía del interés general, noción que debe ser entendida, como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, como generadora de expresiones de valor público.³⁷

Por otro lado, debe tenerse presente que nuevas instituciones encargadas de verificar la observancia del derecho por parte de la administración pública vienen cobrando cada vez mayor preponderancia. Este es el caso del ombudsman. Así, puede afirmarse que la eficacia del derecho no radica únicamente en los métodos de coerción y sanción sino también en la persuasión y la aceptación de las normas jurídicas por ser percibidas como legítimas. De ahí que las normas inspiradas en “buenas prácticas”, como abstracciones de estándares aplicados a situaciones concretas, basen su legitimidad en la percepción de ser portadoras de lecciones aprendidas de la experiencia en el día a día del funcionamiento de las administraciones públicas.³⁸

En cualquier caso, la eficacia de las normas jurídicas está determinada por el logro de los fines u objetivos para los que fueron creadas. Es decir, el logro de resultados. No obstante, en el derecho el concepto de eficacia no puede estar separado del concepto de eficiencia, esto es de los medios mediante los cuales dichos objetivos son alcanzados.³⁹ Por ello, es importante que, en el sector público, el principio de eficacia sea entendido desde una doble perspectiva. Por un lado, la perspectiva del cumplimiento de objetivos en base a un óptimo uso de los recursos; y, por otro lado, la perspectiva de los medios, en donde se tienen en cuenta los procedimientos empleados para la consecución de los resultados.

Como señala Schmidt-Assman, todo derecho aspira a la eficacia. Por ello, el derecho no pueda conformarse con la sola construcción dogmática de técnicas, categorías y reglas jurídicas, sino que debe de ocuparse asimismo de las condiciones y presupuestos para

37 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, Fundamento 11.

38 James G. March and Johan P. Olsen. *The logic of appropriateness*. Arena Centre for European Studies, University of Oslo, 2009, pp. 7-12.

39 A. Buijze. *On the justification and necessity of legal effectiveness norms*. Utrecht: Utrecht University, 2008, pp. 12-13.

que aquellas resulten efectivas y eficaces. De ahí que el derecho administrativo ha de ser concebido como ciencia de dirección.⁴⁰

3.2. Buena administración, legalidad y buenas prácticas

Como todos sabemos la administración pública existe por mandato legal. Sus mandatos y sus limitaciones están definidos por ley. Los sistemas administrativos están sujetos a un sistema de normas que empieza con la Constitución y termina con el reglamento. Sin embargo, la sujeción legal de la acción estatal no debería anular la creatividad de la administración ni limitar su aporte al entorno social.⁴¹

En la conducción administrativa del Estado no sólo son importantes los marcos regulatorios constituidos por instrumentos de derecho “duro” como son la ley y el reglamento (definidos así por su carácter vinculante), sino también aquellos conformados por instrumentos de derecho “blando” o soft-law, entre los que encontramos lo que denomino de manera general las “buenas practicas administrativas”. A efectos de la presente contribución, he definido a una buena práctica como una conducta reiterada, sistemática y continúa por parte de la administración que está orientada o da como resultado la mejora de la prestación de un servicio.⁴²

La buena práctica es un acto material (consciente) de la administración, un acto de gestión. Puede ser el resultado de la concreción o “puesta en práctica” de un principio, estándar o norma de conducta considerado relevante para la administración. O a la inversa, una buena práctica, en tanto conducta reiterada, puede inspirar el desarrollo de una “norma de conducta” que luego podrá ser formalizada por la administración en instrumentos de gestión.

Desde esta perspectiva, una buena práctica nos remite a la idea de proceso. Un proceso que está vinculado a la formación de estándares o reglas (en un sentido amplio del término), las que denominaremos “normas de buena conducta administrativa”. Las normas de buena conducta administrativa, tanto en términos técnicos como en términos normativos, son resultado de un proceso de evolución en el tiempo de experiencias prácticas que pueden

40 Eberhard Schmidt-Assman. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 27.

41 Beatriz Boza Dibos. *Buenas Prácticas en Gestión Pública. Sistemas de Gestión Interna*. Lima: CAD, 2011, p.18.

42 Otras aproximaciones al tema desde el ámbito de la gestión y las políticas públicas, pueden encontrarse en: Eugene Bardach. “Smart practice’ and the problems of interagency collaboration”, en: Colin Campbell et al. *Comparative trends in public management: Smart practices toward blending policy and administration*. Ottawa: Canada School of Public Service, 2006, pp. 28-47. También del mismo autor: Eugene Bardach. *Practical guide for policy analysis. The eightfold path to more effective problem solving*. Los Angeles: CQ Press, Fourth edition, 2012.

ser codificadas.⁴³ Así, mediante una buena práctica o una norma de buena conducta administrativa, la administración aporta valor social a la ciudadanía.⁴⁴

En tanto normas de soft-law, las “normas de buena conducta administrativa” se caracterizan por no tener carácter vinculante, es decir por no ser obligatorias. Usualmente se encuentran recogidas en instrumentos de gestión interna como guías, lineamientos o códigos de conducta. No obstante ello, a dichas normas, en tanto normas de soft-law, se les puede atribuir (de manera indirecta) ciertos efectos legales que influyen en la actuación de la administración o que producen resultados prácticos concretos.⁴⁵ Cuando estas normas de conducta son recogidas por la ley o el reglamento, adquieren carácter vinculante y pasan a formar parte del “hard-law” o derecho duro.

Pero aún si las normas de buena conducta administrativa permanecieran como puras normas de derecho blando, éstas no pueden estar desvinculadas de los principios que informan la actuación de los poderes públicos. Al respecto, es sabido que la administración deba realizar sus funciones mediante procedimientos que garanticen, entre otros, principios como el de legalidad, proporcionalidad, objetividad, imparcialidad, predictibilidad, entre otros. Así, debe tenerse presente que la actuación de la administración basada en normas de buena conducta incorporadas en directrices, lineamientos y otros instrumentos de derecho blando puede generar expectativas legítimas en las ciudadanos, merecedoras de protección por la confianza generada en la administración, en vinculación con los principios de buena fe y de seguridad jurídica.⁴⁶ Así, las normas de buena conducta administrativa derivadas de las buenas prácticas, deben ser vistas como normas que regulan la actuación de la administración y por las cuales ésta se vincula a la ley y al derecho.

Como ha señalado Javier Barnes, la administración se encuentra jurídicamente condicionada antes que por prohibiciones o por mandatos de contenido mínimo, por exigencias de carácter positivo y está orientada a la mejor consecución de las tareas que en cada tiempo y lugar se le asignen. De ahí que “es preciso distinguir entre la ‘mera legalidad’, entendida como ausencia de vicio o infracción (controlable por los tribunales), y la ‘corrección’ desde

43 James G. March and Johan P. Olsen. Op. Cit, pp. 7-12.

44 Beatriz Boza Dibos. Op. Cit, p. 29.

45 Linda Senden. “Soft law and its implications for institutional balance in the EC”, en: *Utrecht Law Review*, Vol. 1, Issue 2, December 2005, p. 81.

46 Sobre el principio de expectativas legítimas o confianza legítima ver: Silvia Díez Sastre. El precedente administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 373-418. También ver: P. Boymans & M. Eliantonio. “Europeanization of legal principles? The influence of the CJEU’s case law on the principle of legitimate expectations in the Netherlands and the United Kingdom”, en: *European Public Law*, Vol. 19, N° 4, 2013, pp. 715-738.

otros puntos de vista”⁴⁷

Respecto al principio de corrección como principio de buen gobierno, entendido como aquel que incorpora en el concepto de legalidad los valores inherentes al Estado de Derecho que no son exigibles vía judicial, ya nos hemos referido en líneas anteriores. Más que sujeción a la ley, la administración debe guiar su actuación en base a derecho, lo implica la adherencia a parámetros constitucionales, los que incluyen todos aquellos valores y principios (implícitos y explícitos), recogidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Y es que como pone de manifiesto Schmidt-Assmann, el derecho administrativo no puede reducirse a la perspectiva que proporciona la tutela judicial. Este debe tener en cuenta también aquellos sectores a los que el control judicial no llega. Por ello, no se trata solo de limitar la acción administrativa desde el exterior de la administración.⁴⁸ Es preciso direccionarla desde dentro, de conformidad con el principio Estado de derecho, el principio democrático y el principio de buen gobierno/buena administración. Por ello, no es suficiente con analizar los clásicos instrumentos reguladores, sino que también es necesario analizar otras fórmulas que promuevan el consenso y la libre adhesión.⁴⁹ A este propósito, contribuye la institución del ombudsman.

4. El rol del ombudsman como creador de normas de buena conducta administrativa

En el desarrollo de “normas de buena conducta administrativa” como normas de buen gobierno, me gustaría destacar la labor que desempeña la institución del ombudsman, o como la conocemos en nuestro país, la institución del defensor del pueblo. Estas normas están orientadas a mejorar la calidad y eficacia de la administración pública con el fin de garantizar el derecho ciudadano a una buena administración. En esta sección, el análisis se realiza desde una perspectiva comparada y está centrado en la labor del Ombudsman del Reino de los Países Bajos y del Ombudsman Parlamentario del Reino Unido. Al final, se hace una breve reflexión sobre el rol que desempeña al respecto la Defensoría del Pueblo del Perú.

4.1. La función normativa del ombudsman

47 Javier Barnes. “Sobre el procedimiento administrativo. Evolución y perspectivas”, en: Javier Barnes (Ed). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2006 p. 268.

48 Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 26.

49 Ibid, p. 24.

La doctrina comparada reconoce a la institución del ombudsman una función indirecta en el desarrollo de normas jurídicas.⁵⁰ La capacidad normativa del ombudsman se asienta en su fuerza autoritativa, así como en la garantía constitucional de su autonomía respecto a los otros poderes del Estado.⁵¹ Son tres las fuentes principales de su producción jurídico-normativa.

La primera de ellas deriva de la facultad de la institución de emitir recomendaciones.⁵² Dichas recomendaciones pueden estar orientadas a solicitar a los órganos competentes el esclarecimiento del contenido de determinadas normas jurídicas, la modificación de procedimientos e incluso la aprobación de nuevas disposiciones normativas, así como la codificación e implementación de determinadas prácticas. No obstante su carácter no vinculante, las recomendaciones del ombudsman son una herramienta fundamental para promover reformas y cambios estructurales por lo que constituyen un elemento importante de la función “creativa” de la institución en el desarrollo de fuentes normativas.

La segunda y la tercera de las fuentes en las que se asienta la capacidad normativa del ombudsman están conectadas con la “evaluación de carácter sustantivo”⁵³ que realiza la institución respecto de la actuación de la administración pública como parte de su labor de supervisión. Así, la segunda fuente deriva de la aplicación (e interpretación) de normas jurídicas (vinculantes) como estándares para evaluar la conducta gubernamental. A la labor de control de la administración que realiza el ombudsman en base al cumplimiento de normas jurídicas de carácter vinculante la denomino “control de la legalidad” de la administración (*legality review*).⁵⁴

En el marco del “control de legalidad” el ombudsman ejercita sus competencias normativas de diversas formas. Por ejemplo, cuando al aplicar las reglas y principios con los que evalúa la actuación de la administración, interpreta dichas normas contribuyendo a clarificar su contenido y alcances jurídicos. O cuando emite opiniones sobre proyectos de ley. O cuando recomienda elaborar o modificar leyes o reglamentos, directrices o lineamientos

50 Sobre las facultades normativas del ombudsman consultar: P. Bonnor. “Ombudsmen and the development of public law”, en: *European Public Law*, Vol. 9, N° 2, 2003, pp. 237-267; M.E. de Leeuw. “The European Ombudsman’s role as a developer of norms of good administration”, en: *European Public Law*, Vol. 17, N° 2, 2011, pp. 349-368. Más recientemente ver: Milan Remac. *Coordinating ombudsmen and the judiciary*. Antwerpen: Intersentia, 2014. También ver: Alberto Castro. *Principles of good governance and the ombudsman*. Antwerpen: Intersentia, 2014 (Próxima publicación).

51 N. Niessen. “Lawmaking by the National Ombudsman?”, en: F. Stroink and E. van der Linden (Eds). *Judicial lawmaking and administrative law*. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2005, p.296.

52 P. Bonnor. Op. Cit. p. 246.

53 Ibid.

54 Esta labor de control de la legalidad de la actuación de la administración, no debe ser confundida con el control que realizan los órganos jurisdiccionales por ser de naturaleza distinta.

de política pública. O cuando interpone procesos constitucionales, siempre que dicha facultad le haya sido asignada como parte de la labor de defensa de los derechos humanos. O cuando interviene en calidad de *amicus curiae* ante los tribunales brindando su opinión especializada.

La tercera fuente de la producción normativa del ombudsman radica en la aplicación de normas de carácter no vinculante o de soft law, en la evaluación de los actos de la administración (*soft law review*). Esta función está estrechamente vinculada con la capacidad del ombudsman de crear sus propios estándares o cuerpo normativo para evaluar la conducta de la administración. Dicha labor se realiza a través de la identificación de patrones de inconducta funcional o malas prácticas en la administración en el marco de las investigaciones que realiza la institución como parte de la atención de quejas o la elaboración de informes especiales.

En muchos casos, dichos estándares se encuentran formulados de manera implícita y pueden extraerse de los informes elaborados por el ombudsman. En otros casos, el ombudsman desarrolla y codifica su propio cuerpo de normas de buena conducta administrativa. Nuevamente los informes del ombudsman cumplen una función sustantiva al mostrar cómo dichas normas son aplicadas en la práctica como estándares de supervisión. La función creadora de normas de buena conducta administrativa es considerada un componente de la labor del ombudsman en la promoción de un modelo de administración eficiente y que protege efectivamente los derechos de los ciudadanos.⁵⁵ A la labor de control que realiza el ombudsman en base al cumplimiento de buenas prácticas o normas de buena conducta administrativa la denomino “control de corrección” de la actuación de la administración.

El control de corrección de la actuación de la administración en base a la aplicación de normas de buena conducta administrativa (*soft law review*), es una característica de varios ombudsman europeos aunque su naturaleza usualmente difiere.⁵⁶ Generalmente, ésta corresponde a los ombudsman que aplican la noción de “buena administración” como criterio de supervisión o estándar de control. En esos casos, los requerimientos de la buena administración como estándar de control se configuran a partir tanto de normas de buena conducta administrativa (normas de carácter no vinculante) como de normas jurídicas de carácter vinculante.⁵⁷

55 R. Widdershoven and M. Remac, “General principles of law in administrative law under European influence”, en: *European Review of Private Law*, Volume 20, Issue 2, 2012, p. 405.

56 P. Bonnor, Op. Cit., p. 247.

57 R. Widdershoven and M. Remac. Ibid.

De ahí que la administración es requerida por el ombudsman a cumplir con ambos tipos de normas. Así, las normas de buena conducta administrativa son aplicadas por el ombudsman de la misma manera y otorgando el mismo valor que confiere a otras normas jurídicas con carácter vinculante.⁵⁸ Su fuerza normativa se aprecia con claridad cuando la administración adecua voluntariamente su actuación a los estándares exigidos por las normas de buena conducta administrativa o cuando dichas normas son recogidas en lineamientos internos de las instituciones o incluso en la legislación.

4.2. El desarrollo de normas de buena conducta administrativa por parte del ombudsman

Ejemplos del desarrollo y codificación de normas de buena conducta administrativa por parte del ombudsman los encontramos tanto en las “Normas de apropiada conducta administrativa” (*Behoorlijkheidswijzer*) del Ombudsman del Reino de los Países Bajos, como en los “Principios de buena administración” (*Principles of good administration*) del Ombudsman Parlamentario del Reino Unido. En ambos casos, las normas de buena conducta administrativa han sido desarrolladas como parte de los requerimientos de una buena administración. Del mismo modo, ambos ombudsman han aceptado explícitamente la distinción entre “legalidad” y “corrección” como componentes distintos (pero interconectados) de la buena administración.

Al respecto, Remac ha identificado que tanto en el caso del Ombudsman de Holanda como en el del Ombudsman del Reino Unido, la conducta de la administración puede ser evaluada desde dos diferentes (aunque superpuestos e incluso paralelos) sistemas de normas. En consecuencia, la conducta de la administración puede resultar en cuatro formas distintas: 1) sujeta a derecho y a las normas de buena conducta; 2) sujeta a derecho pero no sujeta a las normas de buena conducta; 3) no sujeta a derecho pero sujeta a las normas de buena conducta; y 4) no sujeta a derecho ni a las normas de buena conducta.⁵⁹

A continuación, describiremos brevemente la aplicación de las normas de buena conducta como estándares de evaluación de la administración por parte de los ombudsman de Holanda y del Reino Unido.

4.2.1. El Ombudsman del Reino de los Países Bajos

⁵⁸ P. Bonnor. Ibid.

⁵⁹ M. Remac and P. Langbroek. “Ombudsman’s assessments of public administration conduct: Between legal norms and good administration norms”, en: *The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy*, Vol. IV, N° 2, Winter 2011/2012, p. 158.

De acuerdo con su mandato, el Ombudsman del Reino de los Países Bajos (*de Nationale ombudsman*) es competente para determinar si los funcionarios y servidores de la administración pública han actuado, en el desempeño sus funciones, de manera propia o impropia.⁶⁰ El principio de “propiedad” o de “conducta apropiada” (*behoorlijkheid*), recogido en el artículo 9:27(1) de la Ley General Administrativa de 1994 (*Algemene wet bestuursrecht*), es el concepto normativo a partir del cual el ombudsman desarrolla su labor de supervisión.

El principio de propiedad constituye el estándar de control y signo distintivo del ombudsman holandés. Debe indicarse que el ombudsman solo está facultado para evaluar la forma en la cual los funcionarios públicos desempeñan sus funciones. Por tanto, no tiene competencia para pronunciarse respecto al fondo de las decisiones de la administración.

El principio de propiedad está compuesto por una serie de estándares normativos que han sido desarrollados por la institución con el fin de dotar de contenido al referido principio. Es mediante dichos estándares que el ombudsman operativiza su función de control. Ellos están contenidos en la “Lista de Normas de apropiada conducta administrativa” (*Behoorlijkheidswijzer*) elaborada por el ombudsman. La lista concretiza el principio general de “propiedad” en base a cuatro grupos de normas o categorías.

Así, de acuerdo con el ombudsman holandés, una apropiada conducta administrativa es: 1) abierta y transparente; 2) respetuosa; 3) diligente y orientada a la solución de problemas; e, 4) imparcial y confiable.⁶¹ El ombudsman ha desarrollado estándares específicos con relación a cada una de estas categorías.⁶² Dichos estándares han sido creados en base a los precedentes establecidos como resultado de la atención de casos por parte del ombudsman (*Ombudsprudentie*⁶³). Varios de ellos corresponden a normas jurídicas vinculantes recogidas en la legislación o en tratados internacionales.

Ello no significa que el ombudsman holandés supervise la actuación de la administración

60 La institución del Ombudsman del Reino de los Países Bajos fue creada por la Ley del Ombudsman de 1981 (*Wet Nationale ombudsman*). En el año 1999, la institución es incorporada en el artículo 78(a) de la Constitución del Reino de los Países Bajos.

61 La versión en inglés de la Lista de Normas de apropiada conducta administrativa del Ombudsman del Reino de los Países Bajos se encuentra disponible en el siguiente enlace: http://www.nationaleombudsman.nl/sites/default/files/guidelines_on_proper_conduct_october_2012_1.pdf.

62 Debe señalarse que la actual versión de las Normas de apropiada conducta administrativa fue actualizada en el año 2012. La primera versión fue introducida en el año 1987 bajo el nombre de la “Lista de Oosting” en honor al ombudsman de aquel entonces.

63 La categoría *ombudsprudentie* como concepto similar al de jurisprudencia, para referirse a los precedentes resultantes de la resolución de casos por parte del ombudsman ha sido desarrollada por Philip Langbroke. Al respecto ver: P. Langbroke and P. Ripkema. *Ombudsprudentie. Over de behoorlijkheidsnormen in zijn toepassing*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2004. El término lo he adaptado al español como “precedentes defensoriales”.

solo en base a normas jurídicamente vinculantes. Como ya ha sido señalado, la decisión del ombudsman se formula en base a la explícita aplicación de normas de buena conducta administrativa en conjunto con estándares inspirados en normas jurídicamente vinculantes. Así, el principio de propiedad (*behoorlijkheid*) está compuesto por dos categorías o grupos de estándares normativos: 1) estándares que reflejan normas con carácter vinculante en conexión con el principio de legalidad; 2) normas de apropiada conducta administrativa en sentido estricto. De acuerdo con el ombudsman holandés, ambos grupos de normas son las dos caras de la acción gubernamental.⁶⁴

En la determinación de la conducta de la administración como propia o impropia, el ombudsman holandés se remite a las Normas de apropiada conducta administrativa (*Behoorlijkheidswijzer*). Aplica estos estándares normativos en la deliberación que realiza sobre la acción de la administración. En su decisión final, el ombudsman puede llegar a la conclusión de que la actuación de la administración se ha ajustado a uno de los siguientes cuatro criterios: 1) legal y propia; 2) legal e impropia; 3) ilegal pero propia; 4) ilegal e impropia. Estos criterios, definen la relación que el ombudsman establece entre el principio de legalidad y el principio de propiedad.⁶⁵

4.2.2. El Ombudsman Parlamentario del Reino Unido

De acuerdo con el artículo 5(1)(a) de la *Parliamentary Commissioner Act 1967*, el Ombudsman Parlamentario del Reino Unido es competente para investigar casos de *maladministration*. *Maladministration* es el concepto normativo que informa toda la actuación del ombudsman. El objetivo es contribuir a remediar la injusticia que puede haberse originado como consecuencia de la mala conducta de los servidores públicos. El foco de la labor de control del ombudsman está centrado en aspectos generales de carácter procedimental. Por tanto, no es competente para pronunciarse sobre los elementos sustantivos de las decisiones de la administración.

El concepto de “mala administración” no encuentra su definición en la legislación. Ha sido dejada a la discreción del ombudsman decidir su significado y establecer lineamientos para su interpretación a la luz de la experiencia.⁶⁶ A pesar de su falta de determinación conceptual, la noción de *maladministration* como criterio de supervisión ha probado ser

64 De Nationale Ombudsman. *Burgerschap verzilverd*. Verslag van de Nationale Ombudsman over 2007, p. 17.

65 Esta relación ha sido ejemplificada por el ombudsman en lo que denomina el *Ombudsquadrant*. Sobre el particular, ver los informes anuales de la institución.

66 David Williams. “Parliamentary Commissioner Act 1967”, en: *The Modern Law Review*, Vol. 30, Issue 5, September 1967, p. 547.

una herramienta poderosa y permeable que confiere al ombudsman un alto grado de autonomía en el cumplimiento de sus funciones⁶⁷. Éste permite no solo brindar remedio ante casos individuales sino además promover estándares basados en buenas prácticas administrativas.⁶⁸

Con el objetivo de clarificar el concepto de *maladministration*, el ombudsman elaboró en el 2007 una lista de seis grupos de estándares generales a los que denominó Principios de buena administración (*Principles of good administration*). Los Principios de buena administración del Ombudsman del Reino Unido son: 1) hacer las cosas bien; 2) estar orientado a la satisfacción del cliente; 3) ser abierto y responsable; 4) actuar imparcial y proporcionalmente; 5) poner las cosas bien; y, 6) buscar el mejoramiento continuo.⁶⁹

Cada uno de los seis grupos de Principios de buena administración ha sido desarrollado de manera descriptiva con el fin de esclarecer cuáles son las conductas que deben esperarse de los servidores públicos. De dichas conductas pueden extraerse a su vez una serie de estándares normativos que en conjunto son los que deben orientar la actuación de la administración. Dichos estándares pueden dividirse en dos grupos: 1) estándares normativos conectados con el principio de legalidad; y 2) normas de buena conducta administrativa. En la determinación de *maladministration*, el ombudsman debe remitirse a los Principios de buena administración.

Los Principios de buena administración del Ombudsman del Reino Unido recogen la experiencia acumulada por la institución producto de la atención de las quejas formuladas por los ciudadanos. Representan una aproximación positiva al concepto de *maladministration* y tienen por finalidad contribuir a direccionar la actuación de la administración de tal manera que coincida con la satisfacción de las necesidades e intereses de los ciudadanos.⁷⁰ Ellos establecen las buenas prácticas que constituyen el punto de partida sobre el cual evaluar la conducta de los funcionarios públicos.⁷¹

4.2.3. La Defensoría del Pueblo del Perú

De acuerdo con el artículo 162 de la Constitución, es competencia de la Defensoría del

67 Richard Kirkham. *The Parliamentary Ombudsman: Withstanding the test of time*. London, 2007, p. 7-8.

68 T. Buck et al. *The ombudsman enterprise and administrative justice*. London: Ashgate, 2011, p. 37.

69 Los principios de buena administración del Ombudsman Parlamentario del Reino Unido se encuentran disponibles en: <http://www.ombudsman.org.uk/improving-public-service/ombudsmansprinciples/principles-of-good-administration>.

70 Ann Abraham. "Good administration: Why we need it more than ever", en: *Parliamentary Affairs*, Vol. 80, N° 1, January-March 2009, pp. 25-26.

71 Ann Abraham. "The ombudsman and individual rights", en: *Parliamentary Affairs*, Vol. 61, N° 2, 2008, p. 373.

Pueblo defender y promover los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, supervisar el cumplimiento de los deberes de función de la administración estatal y supervisar la adecuada prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Puede señalarse que la Defensoría tiene un doble mandato: la defensa de los derechos humanos y la promoción de una buena administración (o el buen gobierno).

La Defensoría del Pueblo evalúa la actuación de la administración pública desde la perspectiva de los derechos humanos. Son los derechos humanos su estándar de supervisión. Al hacer esto, la institución lleva a cabo un “control de la legalidad” (*legality review*) basado en la aplicación de parámetros constitucionales. Siendo así, la función normativa desarrollada por la Defensoría del Pueblo se caracteriza básicamente por ser la que deriva de la “evaluación de carácter sustantivo” que se hace de la actuación de la administración en base a normas jurídicas de carácter vinculante, en los términos descritos en líneas anteriores.

No obstante, dicha función normativa no es ajena al desarrollo de normas de buena conducta administrativa y a la promoción de buenas prácticas como estándares normativos para evaluar la actuación de la administración. Así, por ejemplo, tenemos el índice de buen gobierno que elaboró la institución como instrumento para la evaluación del desempeño de los gobiernos regionales.⁷² También tenemos estándares desarrollados para la protección de los derechos de grupos vulnerables, como el conformado por las personas con discapacidad o las poblaciones indígenas. Del mismo modo, la Defensoría del Pueblo se encuentra promoviendo una serie de buenas prácticas y estándares en el marco de la labor que viene desarrollando en materia de prevención de la corrupción.⁷³ Lo mismo puede señalarse respecto a su función mediadora en materia de conflictos sociales y con relación a la defensa de derechos socio-ambientales. Se observa, igualmente, en la cada vez más activa labor que realiza la institución para garantizar prestaciones de calidad en las áreas de educación y salud.

Un aspecto sobre el que se requiere llamar particularmente la atención, y que queda pendiente de un análisis más detallado, son las normas de buena conducta administrativa que pueden extraerse de patrones de inconducta funcional o malas prácticas identificados

72 Ver al respecto: Defensoría del Pueblo. *Índice de Buen Gobierno*, 2004. Cabe señalar que el índice de buen gobierno como instrumento de supervisión no se aplica en la actualidad.

73 Ver: Informe N° 001-2011-DP/APCSG-PEPPCPP. *Aportes de la Defensoría del Pueblo a la Promoción de la Ética Pública en los Programas Sociales del Estado*. También el artículo de Eduardo Luna en este volumen.

por la institución y que están contenidos en los informes defensoriales.⁷⁴ La Defensoría del Pueblo viene realizando una rica producción de estándares de carácter no vinculante que le sirven como criterio de evaluación del desempeño de las funciones gubernamentales y en base a los cuales formula sus recomendaciones. Algunos autores se han referido a este proceso como de creativa creación de *social accountability mechanisms*.⁷⁵

Dicha tendencia se ha visto incrementada a partir del establecimiento de: i) el seguimiento de las políticas públicas, ii) el aporte al mejoramiento de la calidad de la gestión gubernamental; y, iii) la creación de una cultura de paz y diálogo para la gobernabilidad, como ejes temáticos de la actuación defensorial.⁷⁶ Al respecto, basta con revisar los informes defensoriales producidos desde el año 2007 en adelante. En mi opinión, todo lo señalado indica que la institución del ombudsman peruano se encuentra atravesando por un proceso de evolución o de hibridación respecto a sus funciones, la orientación de su labor de supervisión y sus estándares de control. Por ello, considero que sería más apropiado clasificar a la Defensoría del Pueblo del Perú no dentro de la ya clásica categoría del *human rights ombudsman model*, sino dentro de lo que denomino el modelo mixto o dual (*mixed or dual ombudsman model*).⁷⁷

5. Conclusiones

Siendo el principio fundamental de nuestro Estado constitucional la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, consolidar una administración pública que esté al servicio del ciudadano es una obligación que deriva de nuestro propio marco constitucional. En un Estado democrático y constitucional de derecho la observancia de principios de buen gobierno contribuye al adecuado funcionamiento de las instituciones públicas, a prevenir la corrupción y a respetar los derechos humanos. Por ello, la consolidación de nuestra democracia y de nuestro desarrollo integral requiere de instrumentos que aseguren el buen gobierno.

Siendo así el principio de legalidad, principio fundamental en el que sostiene el Estado de Derecho, no puede ser entendido como un corsé cuya función sea únicamente limitar el ejercicio del poder discrecional del Estado. El principio de legalidad toma en cuenta

74 Sobre el particular ver: Alberto Castro. *Principles of good governance and the ombudsman*. Antwerpen: Intersentia, 2014 (Próxima publicación).

75 Thomas Pegram. "Weak institutions, rights claims and pathways to compliance: The transformative role of the Peruvian human rights ombudsman", en: *Oxford Development Studies*, Vol. 39, N° 2, 2011, p. 230.

76 Ver: Defensoría del Pueblo. *Plan Estratégico Institucional 2007-2011*. Ver También el *Plan Estratégico Institucional 2011-2015*.

77 Alberto Castro. *Op. Cit.*

los principios y valores constitucionales que dan forma a nuestra democracia no sólo como sistema político sino también como forma de vida. Por ello, el principio de legalidad tiene que ser visto como una oportunidad que también permita al derecho ser aplicado y desarrollado como herramienta de gestión para la consecución de objetivos públicos y la satisfacción del interés general. El derecho debe servir para generar valor público o valor social.

El buen gobierno y la buena administración ofrecen un nuevo paradigma del derecho y nuevas perspectivas en nuestro modo de entender el funcionamiento de la administración y la función pública. Por ello, puede contribuir a cambiar la cultura burocrática en nuestras administraciones. Asimismo, el buen gobierno permite poner la atención en la labor orientadora del derecho así como en el adecuado ejercicio de la discrecionalidad. Su preocupación por la calidad en el ejercicio de las funciones públicas y visión integradora del derecho permite el desarrollo de mecanismos regulatorios flexibles. Esto revitaliza el rol del derecho administrativo en la búsqueda de la eficiencia y la eficacia de la administración pública.

En este sentido, la función que desempeña el ombudsman en la promoción de buenas prácticas y en el desarrollo de normas de buena conducta administrativa tiene una importancia singular. Las normas de buena conducta administrativa de los ombudsmen buscan contribuir a asegurar el correcto funcionamiento de la administración en términos de calidad. De esta manera, dichas normas, como instrumentos de soft-law, contribuyen a fortalecer la legitimidad administrativa del Estado. Las normas de buena conducta administrativa inspiradas en los principios de buen gobierno son ejemplos concretos del desarrollo de marcos regulatorios flexibles que contribuyen a mejorar el funcionamiento de la administración pública.

Aun cuando estas normas no tienen carácter vinculante no pueden ser consideradas puras normas éticas dado que, en muchos casos, derivan de principios jurídicos que crean obligaciones vinculantes para los poderes públicos. En esa medida, las normas de buena conducta y las buenas prácticas administrativas se entrecruzan con los principios de derechos humanos y los principios generales del derecho, en tanto que derivan de los mismos principios constitucionales, entre los que se incluyen los principios de buen gobierno.

En mi opinión, nada obsta para que la Defensoría del Pueblo del Perú haga explícitas las normas de buena conducta administrativa que viene desarrollando y las sistematice bajo la forma de lineamientos o de una guía. Esta guía tendría como objetivo constituirse en

una herramienta de gestión con el fin contribuir a la política de reforma y modernización del Estado. Contribuiría a la implementación de normas de buen gobierno y buena administración como estándares de calidad en la actuación de la administración pública. Proveería a las instituciones y a la ciudadanía con información valiosa, clara y sencilla respecto a las obligaciones de la administración, por lo que podría ser un instrumento importante en la defensa de los derechos ciudadanos. La guía de prácticas de buen gobierno contribuirá a establecer una administración eficiente, transparente y al servicio del ciudadano. Por tanto, la guía sería a la vez: a) una herramienta de gestión y apoyo para los funcionarios públicos; b) una herramienta que provee información a los ciudadanos para la defensa de sus derechos frente a la administración; c) una herramienta de apoyo para la labor defensorial de supervisión de la actuación de la administración pública; y d) una herramienta para promover el derecho ciudadano a una buena administración y al buen trato en las entidades públicas.

ISBN: 978-612-4206-13-9



9 786124 206139