

EL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN: SU EXPRESIÓN A TRAVÉS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR AGENTES Y FUNCIONARIOS. REALIDADES Y CONQUISTAS EN IBEROAMÉRICA

O DIREITO FUNDAMENTAL A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO: SUA EXPRESSÃO ATRAVÉS DA REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR AGENTES E FUNCIONÁRIOS. REALIDADES E CONQUISTAS IBERO-AMERICANAS

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION: ITS EXPRESSION THROUGH REPARATION FOR DAMAGES CAUSED BY AGENTS AND EMPLOYEES. IBERO-AMERICAN REALITIES AND ACHIEVEMENTS

Ana Celia Rivery Ruiz¹

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.

“Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe pero que obedezca a la ley; que actúe pero que pague el perjuicio”

Maurice Hauriou



1. APUNTES INICIALES

El siglo XXI sin dudas marca un trascendental después para muchas instituciones jurídicas y aún más, ha aunado a ramas del Derecho que siempre estuvieron imbricadas pero que hicieron caminos separados (Derecho Constitucional y Derecho Administrativo) e incluso, a aquellas ramas que se entendieron por muchos años como equidistantes (Derecho Público y Derecho Privado).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea abre una nueva era para los derechos a partir de que este documento no sólo protegió los ya existentes, sino que consagró aquellos que habían sido definidos por la doctrina como derechos reaccionales e instrumentales y

¹ Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. M.Sc. en Derecho Constitucional y Administrativo y Esp. En Derecho Civil y de Familia, ambos por la Universidad de Oriente. Profesora Auxiliar de la Disciplina Fundamentos Teóricos del Estado y el Derecho en las materias Derecho Administrativo, Metodología de la Investigación Jurídica y Conceptos Jurídicos Básicos. E-mail: acelia@uo.edu.cu

cuya naturaleza y desarrollo ha sido fundamentalmente jurisprudencial. Entre esos derechos, en su artículo 41 se consagra el derecho a una buena administración, el que a su vez está integrado por otros derechos, dentro de los cuales, en el apartado 3, está contenido el derecho de toda persona a la reparación de los daños causados por instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones. Tan importante conquista también atravesó océanos y unos años más tarde, en el 2013, Iberoamérica, acogía una carta donde la buena administración no era un derecho solamente, sino la finalidad de la Carta en sí, - la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública- demostrando que, en su relación con la administración, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural.

A decir de uno de los más grandes pensadores del Derecho del siglo XX –Norberto BOBBIO-, “la lista de los derechos humanos se ha modificado y sigue haciéndolo con el cambio de las condiciones históricas, es decir de las necesidades, los intereses, las clases en el poder, los medios disponibles para su realización, las transformaciones técnicas, etc. Derechos que habían sido declarados absolutos a finales del siglo XVIII, como la propiedad sagrada e inviolable, han sido sometidos a radicales limitaciones en las declaraciones contemporáneas, derechos que las declaraciones del siglo XVIII no mencionaban siquiera como derechos sociales, resultan proclamados como con gran ostentación en todas las declaraciones recientes.”² Entre esos derechos está el de una buena administración, con los derechos subsumidos en él.

Es en este en el que pondremos nuestra mirada, pues, si bien la reparación del daño es una institución internacionalmente regulada por los códigos civiles, tanto por personas naturales como jurídicas, muchos son los infortunios que persiguen a esta institución cuando se trata de la relación Administración Pública-administrado, en la que, aún los ciudadanos se siguen sintiendo inerte.

2. DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE ANTAÑO A LA ACTUALIDAD. SIGLOS DE CONQUISTAS PARA LLEGAR A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Cuando se hace referencia a la Administración, pensamos en aquello que se remonta al origen mismo del hombre, que es universal y que, por instinto cada ser humano suele hacer con sus bienes y recursos o con los de aquellos por cuyos intereses vela. No es casual que, en los inicios de ser entendida esta como disciplina, fuera tratada por insignes economistas como Adam SMITH o John STUART MILL, llegando a alcanzar su máximo desarrollo en el siglo XX, gracias a dos escuelas: La escuela

2 BOBBIO, N.: “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, edit. Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 117-128.

científica del estadounidense Frederick WINSLOW TAYLOR ("*Principios de administración científica*" de 1911), y la escuela clásica del francés Henry FAYOL ("*Administration Industrielle et Générale*", de 1916).

La Administración Pública, como parte de la administración en sentido general, y cuyo rol se afianza a partir del triunfo de la Revolución francesa, es un ejercicio de administración que supera el instinto de los hombres de administrar sus bienes y velar por sus intereses para convertirse, en parte de la estructura del Estado y reflejo de este. A decir de SANTAMARÍA PASTOR: "La administración es un aparato dependiente de la configuración del Estado en cada lugar y en cada momento histórico y de la forma de sus relaciones con la sociedad civil y, por tanto sometida a cambios incesantes paralelos a los que la sociedad política experimenta."³

En tal sentido, siguiendo al Diccionario de la Real Academia Española, esta debe verse como "la organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial" o como conjunto de órganos, organismos, e instituciones cuya actividad está encaminada a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad. Lo cierto es, que la Administración Pública está para resolver los problemas más acuciantes de una sociedad y no se concibe que cumpliendo estos fines se creen otros problemas producto de una actuación defectuosa que no tengan una consecuencia jurídica esencialmente reparadora.

Siguiendo las palabras de RODRÍGUEZ-ARANA "la buena administración, el buen gobierno, aspira a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales (...) Así, el buen gobernante, el buen administrador público, debe tener particular sensibilidad para atender a las demandas de grupos y sectores minoritarios que manifiestan un especial compromiso ético-político en la solución de graves problemas que aquejan a la sociedad [como son la falta de conciencia ecológica, el mal reparto de la riqueza, el consumismo, la discriminación de la mujer, etc.]".⁴

2.1 LA BUENA ADMINISTRACIÓN. POSICIONES AL RESPECTO DE SU CONSIDERACIÓN COMO DERECHO

Si bien la expresión buena administración no es una creación de la modernidad, pues desde antes incluso del triunfo de la Revolución francesa algunos pensadores ya se refieren a esta como una necesidad,⁵ si puede entenderse como moderna la disquisición entre los juristas al respecto de cómo

3 SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: Fundamentos de derecho administrativo I, edit. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid, 1988, pág. 61. Citado por REDONDO GARCÍA, ANA MARÍA en «Algunas reflexiones sobre el derecho a una buena Administración»: Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática, edit. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2011, p. 105.

4 RODRÍGUEZ-ARANA MUNOZ, J.: El buen gobierno y la buena Administración de las Instituciones Públicas (adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril), edit. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2006, pp.34 y 65.

5 Obras como la de VIVIEN, Estudios Administrativos, Tomo I; la de MACAREL, Éléments de Droit Politique; la de DUFOUR en el Traité général de Droit Administratif appliqué, Tome I; la de Alexis DE TOCQUEVILLE, El Antiguo Régimen y la Revolución; la de SAINZ DE ANDINO, El pensamiento administrativo, Alejandro OLIVÁN, De la Administración Pública con relación a España; Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, Elementos de Derecho Administrativo y Maurice HAURIOU, Précis de Droit Administratif et de Droit Public, así como La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929 permiten sostener esta afirmación.

entenderla: como derecho y en tal sentido por su envergadura y tutela judicial de los considerados fundamentales, como principio rector de la actuación administrativa, o como deber y por ser tal una exigencia ineludible para la Administración sujeto activo de este deber. Autores como MORENO al referirse a esta plantea que “se trata de un principio rector de la actuación de las administraciones, entendido como mandato de optimización, más que de un verdadero derecho”.⁶ Para otros, dentro de los cuales podemos referirnos a TORNOS MAS, la «buena administración», en la actualidad, está configurada, tanto como «principio rector de la actuación de las Administraciones Públicas en razón de la construcción jurisprudencial que se ha llevado a cabo..., como un derecho fundamental en la *Carta Europea de Derechos*”.⁷

Del contenido de este derecho fundamental mucho se ha escrito en la doctrina, fundamentalmente de ascendencia europea,⁸ al considerar que en él no solo están contenidos derechos, sino también deberes de obligada observancia por la Administración y principios inobjetables de su actuación.⁹ Esto ha tenido como principal detonante su reconocimiento como tal en la Carta de Niza, instrumento internacional que a decir de TORNOS MAS “(...) responde a las concepciones más recientes del Derecho Administrativo, caracterizadas por el intento de superar la visión estrictamente formal que legitima la Administración para el mero cumplimiento neutral y objetivo de la norma que le otorga las potestades de actuación y, por otro lado, por la voluntad de situar al ciudadano en el centro de la preocupación de las normas que ordenan la actividad administrativa.”¹⁰

Otras normativas¹¹ se han sucedido en el viejo continente que han incluido la regulación de la buena administración, bien como deber, derecho o principio, pero siempre tras los pasos de una Administración eficiente, y administradores que velen por los intereses ciudadanos y que ciertamente sirvan a éstos, en lo que ha tenido un papel preponderante el Defensor del Pueblo, más que todo en lo que respecta a la tramitación de reclamaciones por malas prácticas en la Administración. Entre ellos se destaca el “Código Europeo de Buena Conducta Administrativa

6 MORENO, M^a. C.: Crisis y principio de una buena Administración Disponible en: <http://innovacionpolitica.org/2012/01/27/crisis-y-principio-de-una-buena-administracion/>, Consultado 12 de junio de 2013.

7 TORNOS MAS, J.: Exposición para la Sindicatura de Greuges de Barcelona. Disponible en: <http://www.bcn.es/sindicadegreuges/pdf/Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf> Consultado 12 de junio de 2013.

8 En este sentido algunos autores y obras que nos permiten sustentar este criterio: ÁVILA RODRÍGUEZ, C. Ma. “El derecho ciudadano a una buena administración”, en GUTIÉRREZ, Francisco (Director), El derecho de la ciudadanía a una buena administración. La Administración Electrónica, Oficina del Defensor del Ciudadano/a, Centro de Publicaciones, Málaga.es diputación, Málaga, 2009, pp. 32 y 33; FUENTETAJA PASTOR “El derecho a la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Revista de Derecho de la Unión Europea, No. 15, 2do semestre, 2008, Madrid, p. 137; Joaquín Tornos Mas El derecho a una buena administración, Sindicatura de Greuges de Barcelona, Barcelona, 2007, p. 15.

9 Otros autores, también de ascendencia europea, permiten aseverar esto. Cfr. de Beatriz Tomás Mallén El derecho fundamental a una buena administración; de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas” en Revista de Estudios Locales (CUNAL) núm. 100/2007, pp. 39-47; de Juli Ponce Solé. Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad, p. 129; por solo citar algunos.

10 TORNOS MAS, J.: Exposición para la Sindicatura de Greuges de Barcelona. Disponible en: <http://www.bcn.es/sindicadegreuges/pdf/Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf> Consultado 12 de junio de 2013. p.63.

11 Estatuto Básico del Empleado Público, también están los documentos y Cartas de Servicio de los Síndicos y Defensores del Pueblo.

para el personal de la Comisión Europea en sus relaciones con el público.”¹² Sin embargo, es válido destacar que no es, hasta el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007, y su entrada en vigor en 2009, que se respalda el valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹³ en tanto allí se disponía, por el artículo 6, apartado 1, que:

“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

En tal sentido, el derecho fundamental a la buena administración, según lo acoge la Carta de Niza, es una suerte de espacio general, contentivo de derechos específicos del ciudadano frente al actuar de la Administración Pública.¹⁴ Es, en realidad, el instrumento por medio del cual se le da protección jurídica y reconocimiento a lo que ya desde la década del 90 venía despuntando como una realidad a través de la Jurisprudencia Europea,¹⁵ tanto de los Estados como de la Comunidad.

Como expresara REDONDO GARCÍA “Probablemente con el reconocimiento de este derecho a la buena administración, la unión europea no configura un derecho *ex novo* pero si sistematiza garantías procesales ya incorporadas a los ordenamientos y dota de una dimensión subjetiva a principios rectores de la organización y funcionamiento de las administraciones públicas reconocidos constitucionalmente”.¹⁶

12 Este Código fue redactado por el Defensor del Pueblo Europeo y aprobado por Resolución del Parlamento Europeo de 6 de septiembre de 2001, sin embargo, es dable referir que, si bien su aprobación es posterior a la Carta de Niza, este se estaba concibiendo con anterioridad a la misma. Disponible en: http://ec.europa.eu/transparency/civil_society/code/_docs/code_es.pdf Consultado 22 de abril de 2013.

13 Como observara SANZ LARRUGA, F.J., a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea le acompañó la ambigüedad en su valor jurídico, al no haber sido incluida en los tratados y al no haber contemplado un sistema específico de garantías, aunque ha sido utilizada profusamente en la actividad de la Comisión y en la jurisprudencia. Y agregaba este profesor que, tras el Tratado de Lisboa de 2007, si bien la Carta sigue sin incorporarse al mismo (TUE), se incorpora por vía de referencia de acuerdo con el artículo 6, apartado 1, donde se afirma que la Carta – en su versión definitiva de noviembre de 2007 – tendrá el mismo valor jurídico que los tratados. SANZ LARRUGA, F.J.: “El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a la buena administración”, en ARANCIBIA MATTAR, J. y MARTÍNEZ ESTAY, J. I. (Coordinadores), La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss, Universidad de Los Andes, Legal Publishing, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2009, este artículo ha sido publicado también en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade Da Coruña, No. 12, 2009, Facultade de Dereito da Universidade Da Coruña, Da Coruña, pp. 729 y sigs. (por la publicación en el Anuario... es que lo citaremos en este trabajo).

14 Anotaba ÁVILA RODRÍGUEZ que a la vista de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa el derecho a la buena administración se concibe como un derecho que engloba unos subderechos inspirados por unos principios y valores. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. Ma.: “El Derecho a una buena Administración en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía: alcance y significado”, ob. cit., p. 295.

15 Al respecto se pueden revisar varias sentencias que, sin ánimo de sistematizar el desarrollo jurisprudencial de la buena administración, permiten sustentar este criterio esgrimido por la autora. Sentencia del Tribunal Supremo español de 11 de junio de 1991, conectando la explicitación de razones con “la buena Administración”, así como la Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de junio de 1994 citada por TORNOS MAS en “Algunas reflexiones sobre la Llei de régm jurídico de les administracions publiques i el procediment administratiu comú”, Autonomies, núm. 16, 1993, p.11. También en Alemania, en el famoso caso MÜLHEIM-KARLICH, el Tribunal Constitucional federal alemán conoció en 1979 de la impugnación de una autorización relativa a una central nuclear, que el Tribunal Constitucional alemán subrayó que la previsión legal procedimental suponía una protección de derechos, cuya violación administrativa suponía una vulneración de éstos. En consecuencia, la necesaria formalización legislativa que cubra la reserva de Ley procedimental en el ámbito de los 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 en que la misma esté supeditada a la realización de algún tipo de actividad administrativa. De donde se deriva que el actuar administrativo no sólo tiene que estar sujeto a reglas de buena actuación, sino que debe sujetarse a los derechos, de ahí el deber de observancia de la administración que no puede desdafiarse con la pretensión de alcanzar un procedimiento administrativo debido.

16 REDONDO GARCÍA, Ana M.: “Algunas reflexiones sobre el derecho a una buena Administración”, en Matía Portilla, F.J (dir.), Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática, edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, p.108.

Más cercano a nosotros en fecha y contenido, otra Carta aparece en el escenario jurídico internacional, como muestra de la voluntad política de los Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos. La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública fue aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. A decir de su principal redactor, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “la Carta constituye el reflejo del compromiso que existe en esta parte del mundo en relación con una Administración pública más humana, más justa, más cercana a la ciudadanía, a la que debe servir en sus necesidades públicas.”¹⁷

En el preámbulo de la Carta referida, en su primer párrafo se expresa: “El Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. En efecto, la Administración Pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez”.¹⁸

A este posicionamiento del ciudadano dentro del modelo del Estado social y democrático de Derecho, le continúa, en la Carta, la sujeción del poder del Estado a la ciudadanía, y en tal sentido, el servicio de la Administración Pública al interés general, lo que, si bien ha sido siempre la esencia y finalidad de la Administración, en ocasiones se ha visto desdibujado. Otras cuestiones que denotan la superioridad en redacción e intención de esta Carta con respecto a la de Niza, son la presencia de definiciones de buena administración en esta (en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se entendió como una falencia que no se define el derecho que se enarbola de buena administración) y el reconocimiento expreso de una triple funcionalidad de la buena administración.¹⁹

La Carta Iberoamericana estipula que la Administración Pública debe estar al servicio objetivo de los intereses generales. Unos intereses que en el Estado Social y Democrático de Derecho ya no se definen unilateralmente por las Administraciones Públicas. Por el contrario, los Poderes Públicos deben salir al encuentro de los ciudadanos para que de forma integrada y armónica se realice la gran tarea constitucional de la construcción democrática, profundamente humana, solidaria y participativa, de las políticas públicas.

17 Prólogo de la monografía de MATILLA CORREA, A.: Buena administración: una mirada teórica desde el prisma jurídico-administrativo. Monografía no publicada.

18 1er párrafo del preámbulo de la Carta Iberoamericana..., p. 2.

19 6to párrafo del Preámbulo de la Carta Iberoamericana..., p.2.

En el ordinal 46 establece el Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo. Así como que los ciudadanos, además del derecho a exigir la justa indemnización en plazo razonable por la lesión que puedan sufrir en sus bienes o derechos a causa del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general, en los casos en que así se determine de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente, podrán demandar, ante la Administración y/o ante los Jueces o Tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

En cierre de este acápite, pudiera aseverarse que la buena administración no se comporta como un concepto presuntuoso o vano, sino como un mandato que indica como debe ser y hacerse la actividad administrativa, en pos de quién y para qué, quién debe garantizarlo, así como los principios y derechos con que está relacionado y que a través de éste se verifican.

Podemos entender entonces que el derecho a la buena Administración como derecho fundamental de todo ciudadano, aunque no tenga igual reconocimiento por los Estados y no se recoja en todos los ordenamientos jurídicos, es la base del contrato social. Lo que trata es de crear un sistema de equilibrio entre la Administración Pública y el administrado, eliminando en gran medida la desigualdad de estos sujetos ante la Ley. A la luz de la concepción del Estado de Derecho, no puede entenderse que exista alguno que no respete este derecho, porque la "mala Administración" es contraria a la misma dignidad de los administrados, en tanto que viola los principios de igualdad, seguridad jurídica y legalidad, fundamentales para mantener la paz social.

3 LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR LOS AGENTES O FUNCIONARIOS. NOTAS ESENCIALES

En nuestros días, la consideración del daño como elemento necesario para engendrar responsabilidad sufre una transformación consistente en perder, al menos en parte, su carácter individual para devenir en social. Se habla por ello de disolución del concepto subjetivo del daño o concepto abstracto basado fundamentalmente en la diferencia existente entre el patrimonio del perjudicado según su estado antes y después del menoscabo a indemnizar. A este concepto subjetivo se contraponen el llamado concepto concreto del daño, que atiende al menoscabo que el perjudicado (no sólo estrictamente su patrimonio) haya realmente sufrido. Ello ha permitido que la mayoría de los ordenamientos jurídicos consideren posible no sólo exigir responsabilidad ante un daño a aquella persona que individualmente pudiera realizar el acto que vulneró el derecho de otro, sino también la posibilidad de exigir responsabilidad a las personas jurídicas, entre ellas a la Administración Pública,

que en ocasión de prestar alguno de los servicios que conforman su actividad pudiera lacerar un derecho ajeno.

3.1 EL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL

Entre los principios que rigen la materia relativa a la reparación o resarcimiento de los daños y perjuicios, ocupa un lugar esencial y preeminente en la generalidad de los sistemas jurídicos el denominado principio de la reparación integral. Este principio, conocido también en su expresión latina «*restitutio in integrum*», se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Se trata, en otras palabras, de que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño por él padecido, en la medida en que dicho daño haya resultado imputable a un tercero. Para que ello suceda es preciso que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo; y, en segundo lugar, esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado.

3.2 LA RESPONSABILIDAD Y LA INDEMNIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el Derecho Administrativo una de las concepciones típicas es la denominada “teoría de la indemnización”, pues se considera como una exigencia interna de esta rama del Derecho.

Mientras que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea a título de culpa o de riesgo creado, surge como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración Pública sin título jurídico para ello; en cambio, la teoría de la indemnización tiene su lugar en el campo de la actividad lícita, de ahí que los documentos jurídicos antes referidos se refieran a esta como contenido del derecho a una buena administración.

El uso por la Administración Pública de un poder conferido por el derecho objetivo tiene como consecuencia, en determinadas ocasiones, el debilitamiento de un derecho subjetivo privado; y este sacrificio, en ocasiones es fuente de daño económico para su titular, aun cuando no sea un daño antijurídico, ya que no deriva de un acto ilícito, sino de un acto legítimo de la Administración.

Si bien la producción de un daño indemnizable como resultado de un acto lícito no es exclusivo del Derecho Público — en él se produce más frecuentemente dada la supremacía de la Administración

Pública para la realización de intereses públicos. Sin embargo, no puede olvidarse que el fundamento ético y teórico de la indemnización se busca en un principio de justicia distributiva, según el cual la carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de la - colectividad y no debe recaer toda ella sobre uno sólo, lo que lleva a la consideración de que todo sacrificio soportado por un ciudadano en sus bienes más allá de aquello con lo que contribuye a la sociedad en virtud de una ley general tributaria, debe serle compensado por el erario público.

4 REALIDADES Y CONQUISTAS EN IBEROAMÉRICA

El tema del derecho a la indemnización cuando el Estado, como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, haya provocado daños a los ciudadanos es muy controversial y eso está dado porque en principio se debe presumir que la Administración está diseñada para un buen funcionamiento atendiendo a su fin primordial, sin embargo, el daño es posible y en muchas ocasiones el Estado se ve en la obligación de indemnizar, lo que en caso de realizarse no es un triunfo para la ciudadanía, pues en la medida en que el Estado más tenga que indemnizar, es más evidente su mala administración. Por lo que, si bien la reparación del daño es un derecho, es de aquellos necesarios para tener como enfrentar los daños que cause la Administración, pero a la vez, de aquellos que no quisiéramos tener que exigir su cumplimiento si viviéramos en sociedades con una buena administración.

La profusa jurisprudencia que sirvió de fundamento al reconocimiento de la buena administración como derecho fundamental en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea indica que este tema en Europa ya era no sólo bastante conocido, sino bastante ponderado. Por otro lado, este reconocimiento también introdujo cambios en los ordenamientos internos de los Estados de la Unión. Tal es el caso de Finlandia que fue el primero en reconocer constitucionalmente este derecho. Así también los ordenamientos autónomos como en el caso de España donde se han sucedido un grupo de modificaciones legislativas de las Comunidades Autónomas en pos del reconocimiento y desarrollo de la buena administración y con él de sus subderechos. Así, la ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, cuyo artículo 22 recoge explícitamente un derecho a una buena administración. En Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, también se refiere a los principios de buena administración. En el caso de Castilla y León, el derecho a una buena administración reconocido en su Estatuto es desarrollado por la ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración y de Gestión Pública. La ley balear 4/2011, de 31 de marzo, por su parte, se ocupa del buen gobierno y de la buena administración.

Sin embargo, no es sólo esa la trascendencia de la temática, pues no sólo Europa se ha pronunciado al respecto de entender la buena administración como un derecho fundamental y a la reparación del daño causado por los agentes y funcionarios de la Administración como uno de sus derechos integrantes o derechos componentes.

En América se han evidenciado grandes avances al respecto. Ya en la carta constitucional colombiana, se aprecian atisbos en su artículo 2 el cumplimiento de los fines del Estado; entre estos, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, los derechos y los deberes consagrados en la Constitución. Así mismo, el artículo 209 establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

A tono con esto la Corte Constitucional en Colombia, se ha pronunciado por la existencia de este derecho en Sentencia como la T-270 de 2007, al hacer el reconocimiento jurisprudencial del “derecho humano... a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”, destacando el bienestar del individuo como principalísimo objetivo de la actividad del Estado”. Por otra parte, el Consejo de Estado (Sentencia del 16 de diciembre de 2009, Expediente 2009-01463) se pregunta si la actuación de la Administración Pública que pretenda adoptar medidas de protección para una comunidad determinada, “puede a su vez comportar una violación de derechos fundamentales”, a lo cual responde:

“Para resolver el anterior interrogante, debe decirse que las autoridades públicas por disposición superior, no sólo adquieren responsabilidad en la extralimitación de sus funciones, sino por la omisión en el ejercicio de estas (sic); así puede llegar a ocurrir que una actividad suya resulte adecuada a derecho, pero a la vez insuficiente o no prevea todas las posibles implicaciones y consecuencias que la misma conlleva, con lo cual, por defecto, se podrían agredir derechos legítimos.

Así las cosas, considera la Sala que el marco de la legalidad en que pueda actuar la administración, no siempre genera consecuencias que respetan los derechos fundamentales, la mayoría de las veces [por] i) la falta de una planeación adecuada, ii) la mora en la adopción de las decisiones, iii) lo intempestivo o parcial que resulte la actuación o iv) porque sencillamente defraude el principio de la confianza legítima (...).”

En el Uruguay, el decreto N° 30/003, de 23/01/03 — sobre normas de conducta en la función pública — establece en su artículo 23 (Buena administración financiera) que todos los funcionarios públicos con funciones vinculadas a la gestión del patrimonio del Estado o de las personas públicas no estatales deberán ajustarse a las normas de administración financiera aplicables a los objetivos y las metas previstos, al principio de buena administración (en lo relativo al manejo de los dineros o los valores públicos) y a la custodia o la administración de bienes de organismos públicos. Así como que sus transgresiones constituyen faltas administrativas aun cuando no ocasionen perjuicios económicos.

Otros Estados de América también han destacado su relevancia como han sido, El Ecuador, Salvador, Argentina.

Una gran novedad la constituyó la Constitución de República Dominicana de 2010, en la que se preceptúan en el artículo 138 los principios por los cuales debe regirse la Administración Pública, así como en su apartado 2 la reserva de Ley para la regulación del procedimiento a través del cual deben producirse las resoluciones y actos administrativos.²⁰

Esta regulación constitucional fue el cauce para que, el 6 de agosto de 2013, en cumplimiento de ese mandato constitucional contenido en el apartado 2 del precitado artículo, se promulgara la Ley No. 107-13. La referida Ley, regula las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública, fundamentalmente en el procedimiento administrativo, sin embargo, desborda los márgenes de una Ley de procedimiento administrativo convencional toda vez que en ella se establecen las bases jurídicas para que el ciudadano y sus derechos fundamentales sean el centro del Derecho administrativo, a partir del derecho a la buena administración en su artículo 4, que a su vez contiene 32 derechos de los ciudadanos y que se interconectan para su interpretación con los principios de la Administración Pública regulados en el artículo 3.

En el caso cubano, por otra parte, se aprecian cuestiones que a nuestro entender perjudican la realización de un derecho fundamental tan vital para los ciudadanos como el de reparación de los daños causados por agentes o funcionarios, la primera de ellas es la escasa referencia en la Constitución a la Administración Pública y, por tanto a sus principios, y, aún cuando se amplió el contenido del derecho a reclamación y a exigir la correspondiente reparación del daño o la indemnización de los perjuicios en el Título V de la Constitución de 2019 *Derechos, Deberes y Garantías*, específicamente en el Capítulo de Garantías, en los artículos 98 y 99, aún no se vislumbra si entre los derechos protegidos por esta garantía que enunciará la Ley de desarrollo estará el derecho a una buena administración,

²⁰ Entre los principios que esta Constitución estipula para la Administración Pública figuran: eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, así como el sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado.

toda vez que no ha sido enunciado en esta Carta Magna y, teniendo en cuenta los mecanismos de recepción de tratados que establece esta misma Ley de Leyes en su artículo 8, tampoco puede entenderse expresamente que el hecho de que Cuba haya firmado la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública dote al ciudadano cubano automáticamente de este derecho a la buena administración. La segunda, es la necesidad de revisión, reformulación y atemperación de la Ley Adjetiva²¹ con respecto al procedimiento contencioso administrativo, que, en su concepción en dicha normativa deja tan maniatado al ciudadano en la defensa de sus intereses con respecto a la presunta inobservancia de la buena administración, lo que se puede apreciar en artículos como el 658 que en relación con la Constitución, si bien estipula como cuestión para un contencioso administrativo la responsabilidad patrimonial, impone un requisito – para algunos actuar indebido del funcionario, para otros daño indebido- que deja fuera supuestos de los más comunes en torno a esta figura, a lo que se suma la exigencia del requisito de existencia de un acto administrativo con el cual se está inconforme y con el que se agota la vía administrativa, para poder acudir a la vía judicial, lo que resulta menos comprensible toda vez que en Cuba nos acogemos al modelo negativo de silencio administrativo.

El Código Civil, -que transcribió literalmente el contenido del artículo 26 de la Constitución de 1976 en el 96.1 de dicho cuerpo legal-, refuerza la crítica situación que viene planteándose con respecto a las posibilidades de una persona de ser resarcida cuando se le ha causado un daño, lo que se pone de manifiesto en el 96.2 de este Código toda vez que estipula como requisito indispensable para realizar la reclamación por el daño, que el acto haya sido declarado ilícito por una autoridad superior.²² Lo que, como puede leerse no se corresponde con la asunción que en los últimos tiempos ha hecho el Derecho Público de la teoría de la indemnización.

A estas cuestiones se suman otras cuya significación no puede dejar de destacarse. Tal es el caso de la potestad discrecional, pues tal y como establece el artículo 657, no pueden ir a la jurisdicción administrativa los actos que se derivan del ejercicio de esta potestad, a excepción de lo que establece el Dictamen No. 284 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, lo que deja desprotegido a un sin número de ciudadanos destinatarios de acciones que en virtud de esta potestad y en contra de lo hoy entendido como buena administración, realiza la Administración. Con ello, no estamos enjuiciando exactamente el hecho de que no sean controlables los actos discrecionales, lo que si defendemos es el criterio de que, al menos los motivos que condujeron a esa actuación deben ser conocidos, pues solo así podrá distinguirse entre el acto discrecional lícito y el capricho, humor y

21 En este momento, como parte de los mandatos de la Constitución de la República de Cuba de 2019, se trabaja en la reforma de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico –Ley contentiva del Procedimiento Administrativo- pues, a tenor de lo que plantea la Disposición Transitoria Décima, en un plazo no mayor a los dieciocho meses de la puesta en vigor de la Constitución deben presentarse las propuestas de modificaciones.

22 ODRIOZOLA, J. y AGUILAR, A., "Sección Cuarta Responsabilidad de las personas jurídicas", en PÉREZ GALLARDO, L.B. (dir.): Comentarios al Código Civil Cubano, Tomo I, Editorial Universitaria FÉLIX VARELA, La Habana, 2014, pp.168-178.

voluntad del funcionario o agente que realiza el acto. A todo lo anterior, súmese la inexistencia de una Ley de Administración Pública en Cuba, aún cuando en el Cronograma legislativo del país para el 2020 se proyecta la aprobación en el mes de octubre de una Ley de Procedimiento Administrativo que, aunque parece que en su esencia lo que viene es a independizar el Contencioso Administrativo, se espera establezca los presupuestos generales de un Procedimiento Administrativo interno.

5 A MODO DE CONCLUSIÓN

La situación que se vislumbra en torno a la buena administración, sobre todo después de la Carta Iberoamericana en 2013, denota un total cambio de paradigma en torno a la protección de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. La ascendencia de la buena administración a derecho fundamental y dentro de ella la enunciación como uno de sus derechos componentes de la reparación del daño causado por los agentes y funcionarios, ha tenido una gran relevancia no sólo en el cumplimiento de las exigencias de este derecho y por tanto en la efectiva indemnización de los ciudadanos, sino en la disminución de la mala administración.

La incorporación de este derecho en los ordenamientos de América denota la atemperación del Derecho americano a las tendencias modernas en torno a la relación Administración Pública-Administrado y esencialmente, la necesidad de protección jurídica del ciudadano no sólo porque su bienestar debe ser el centro de la actuación de la Administración, sino también ante la incorporación de entes no estatales a la prestación de servicios públicos, los que también se ven afectados por la inactividad material y formal de la administración y la imposibilidad en muchas ocasiones de exigir de esta un acto reparador.

El desarrollo social, así como el incremento de las tecnologías demandan y facilitan una mejor Administración, una Administración óptima, para la cual decir ciudadano sea decir su sentido de ser, pues a él se debe. Para ello es necesario que la Administración no asuma con ligereza los daños que puede ocasionarles con su actuar a los administrados y en tal caso, que actúe como se espera de ella y repare el daño.

6 REFERENCIAS

ÁVILA RODRÍGUEZ, C. Ma. "El derecho ciudadano a una buena administración", en GUTIÉRREZ, Francisco (Director), El derecho de la ciudadanía a una buena administración. La Administración Electrónica, Oficina del Defensor del Ciudadano/a, Centro de Publicaciones, Málaga.es diputación, Málaga, 2009, pp. 32 y 33.

ÁVILA RODRÍGUEZ, C. Ma.: "El Derecho a una buena Administración en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía: alcance y significado", ob. cit., p. 295.

BOBBIO, N.: "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en El problema de la guerra y las vías de la paz_, edit. Gedisa, Barcelona, 1982, pp. 117-128.

FUENTETAJA PASTOR "El derecho a la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", en Revista de Derecho de la Unión Europea, No. 15, 2do semestre, 2008, Madrid, p. 137;

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas" en Revista de Estudios Locales (CUNAL) núm. 100/2007, pp. 39-47;

Joaquín Tornos Mas El derecho a una buena administración, Sindicatura de Greuges de Barcelona, Barcelona, 2007, p. 15.

MORENO, M^a. C.: Crisis y principio de una buena Administración Disponible en: <http://innovacionpolitica.org/2012/01/27/crisis-y-principio-de-una-buena-administracion/>, Consultado 12 de junio de 2013.

ODRIOZOLA, J. y AGUILAR, A., "Sección Cuarta Responsabilidad de las personas jurídicas", en PÉREZ GALLARDO, L.B. (dir.): Comentarios al Código Civil Cubano, Tomo I, Editorial Universitaria FÉLIX VARELA, La Habana, 2014, pp.168-178.

REDONDO GARCÍA, Ana M.: "Algunas reflexiones sobre el derecho a una buena Administración", en Matía Portilla, F.J (dir.), Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática, edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2011, p.108.

RODRIGUEZ-ARANA MUNOZ, J.: El buen gobierno y la buena Administración de las Instituciones Públicas (adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril), edit. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor, 2006, pp.34 y 65.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: Fundamentos de derecho administrativo I, edit. Centro de estudios Ramón Areces. Madrid, 1988, pág. 61. Citado por REDONDO GARCÍA, ANA MARÍA en «Algunas reflexiones sobre el derecho a una buena Administración»: Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática, edit. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2011, p. 105.

SANZ LARRUGA, F.J.: "El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a la buena administración", en ARANCIBIA MATTAR, J. y MARTÍNEZ ESTAY, J. I. (Coordinadores), La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss, Universidad de Los Andes, Legal Publishing, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2009,

TORNOS MAS en "Algunes reflexions sobre la Lei de régim jurídic de les administracions publiques i el procediment administratiu comú", Autonomies, núm. 16, 1993, p.11.

TORNOS MAS, J.: Exposición para la Sindicatura de Greuges de Barcelona. Disponible en: <http://www.bcn.es/sindicadegreuges/pdf/Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf> Consultado 12 de junio de 2013. p.63.

TORNOS MAS, J.: Exposición para la Sindicatura de Greuges de Barcelona. Disponible en: <http://www.bcn.es/sindicadegreuges/pdf/Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf> Consultado 12 de junio de 2013.

RECEBIDO EM: 29/08/2019

APROVADO EM: 27/11/2019

