

XIII ENCUENTRO AVEDA: ÉTICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Román Duque Corredor

Fecha: 26 de noviembre de 2021

He denominado mi exposición «Ética y Derecho administrativo», y no «Ética Pública y Derecho administrativo», porque siempre me había preguntado por qué al vincularse al Derecho administrativo se califica la ética de pública, cuando de lo que se trata es de la ética como la acción normativa y de la actividad administrativa inspirada en valores que no son públicos o privados, como los valores éticos.

Reconozco que cuando se habla de ética pública se quiere hacer referencia al tema de la ética de los funcionarios y empleados públicos. Pero en este caso quisiera abordar la ética y el derecho administrativo como los valores y principios que deben servir de inspiración a la acción administrativa, dentro del concepto de la ética constitucional y la ética del servicio público y no como ética pública en general. Lo cual implica conducta correcta y responsabilidad, pero también axiología en la valoración en la normativa administrativa y en su aplicación.

Baste señalar que de por sí «desviación de poder», «abuso de poder» y «falso supuesto», son categorías jurídicas de conductas administrativas antiéticas. E incluso, podría preguntarse ¿qué atractivo puede tener este tema cuando en la opinión pública priva el interés por el resultado de las elecciones regionales? Pues, también en esta materia, por ejemplo, existe un principio propio que en esta exposición llamaré «ética de la función administrativa», cual es el de «integridad electoral», que impone al Poder Electoral Administrativo en el ejercicio de su función la transparencia y la eficiencia de los procesos electorales, la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional, que son derechos fundamentales. Por lo que también, por ejemplo, los abusos de los poderes y del uso de los bienes y recursos del Estado y del control de la comunicación en favor de los candidatos oficialistas, o el ventajismo electoral, que denuncia en su Informe del 23 de noviembre de este año la Misión de Observación Electoral de la Unión Europea en la República Bolivariana de Venezuela, son desviación de poder, es decir, violación de la ética de la función administrativa.

Dentro de las diferentes posiciones yo me inclino por «ética administrativa» o «ética de la función administrativa». Ello porque se trata del respeto a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, que el artículo 2 de la Constitución considera valores superiores de todo ordenamiento jurídico y de toda actuación pública. Y porque se refiere al comportamiento de la Administración Pública como poder del Estado, en la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución, que según su artículo 3, son fines esenciales del Estado.

En concreto, en mi criterio «ética administrativa» o «ética de la función administrativa», es la actuación del Estado en función administrativa normativa, interpretativa y ejecutiva, conforme los valores superiores del ordenamiento jurídico, los fines esenciales del Estado y los principios de la Administración Pública como servicio al ciudadano.

Por tanto, la actividad administrativa, por ejemplo, antidemocrática, restrictiva y violatoria de los derechos humanos, que ideologice la normativa y la organización de la Administración Pública, que practique la exclusión política; y que limite el desarrollo de la persona y que irrespete su dignidad, es contraria a la «ética administrativa» o «ética de la función administrativa». Y, por otro lado, la honestidad, la participación, la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública y el sometimiento pleno a la ley y al derecho, a que se contrae el artículo 141 de la Constitución, son principios de la deontología funcional y del servicio público, que a mi juicio se integran en el concepto de la «ética administrativa» o «ética de la función administrativa». Al igual que el principio de la integridad electoral, a que se contrae el artículo 293 constitucional.

Vale la pena señalar que, según estos principios, por ejemplo, la legalidad, o sometimiento pleno a la ley y al derecho, además de presupuestos de la legitimidad y de la legalidad, son principios de esa ética administrativa. Al igual que los principios de la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública. Igualmente que en la actividad administrativa electoral, son principios éticos, a los que se contrae el artículo 293 de la Constitución, la igualdad, la confiabilidad, la imparcialidad, la transparencia y eficiencia de los procesos electorales, la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional, que vienen a ser el desarrollo de los valores de la justicia, la igualdad, la solidaridad, la

democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político, contemplados en el artículo 2 de la misma Constitución.

En este orden de ideas, la Ley Orgánica de la Administración Pública, en su artículo 10 incorpora dentro de los principios que rigen la actividad de la Administración Pública la honestidad, la transparencia y la buena fe, que son propios de la moral y de la ética. Y la Ley de Juramento Público, por cierto, promulgada recientemente, establece que toda persona antes de ingresar al ejercicio de una función pública debe jurar cumplir y hacer cumplir, no sólo la Constitución y la Ley, sino también ejercer sus deberes y responsabilidades con honestidad, lealtad, eficacia, eficiencia y transparencia, que son principios éticos.

Conforme esta orientación quizás más filosófica que positivista, la desviación de poder; los daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración y por la prestación de servicios públicos; y la lesión a las situaciones jurídicas subjetivas por la actividad administrativa; además de ser motivos del control de la legitimidad y legalidad de la Administración Pública, por el contencioso administrativo, conforme el artículo 259 de la Constitución, son también conductas contrarias a la «ética administrativa» o «ética de la función administrativa», conforme a la interpretación axiológica que le atribuyó a los valores y principios exigidos constitucional y legalmente a la Administración Pública para el ejercicio legítimo de su función administrativa.

Baste recordar la célebre definición de desviación de poder de Hauriou, como el uso de la autoridad con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del fin del servicio. Definición esta que el Consejo de Estado francés y su doctrina, incorporó al concepto del «exceso de poder» como la garantía de la más pulcra juridicidad y al fomento de la moralización de la actividad administrativa, en favor de los intereses colectivos y de los administrados, como lo asienta el catedrático Enrique Martínez Useros¹.

En efecto, la desviación de poder, como exceso, es un análisis de la conducta y de la intención de la Administración Pública, puesto que en parte de la doctrina y la jurisprudencia se llegó a superar su restricción del control de la estricta legalidad o de un vicio de legalidad estricta, al comprenderse en este control también la moralidad o ética administrativa. Incluso el mismo Hauriou consideraba que la desviación de poder sometía a la Administración a un control de moralidad. Por lo que, por ejemplo, el acto administrativo viciado por desviación de poder no es solo

¹ MARTÍNEZ USEROS, Enrique, "Desviación de poder", en *Anales de la Universidad de Murcia*, Vol. XIV, Núm. 1-2, 2010, pp. 6-65. Disponible en: <https://revistas.um.es/analesumderecho/article/view/103271/98251>

illegal sino contrario a la moralidad administrativa. Tesis esta que fue desarrollada en el derecho español por Álvarez Gendín, y el Tribunal Supremo de España en algunas de sus sentencias en las que considera desviación del poder como «*el cauce ético del que se aparta la Administración*», o de «*la esfera de la ética*»; o «*el medio de moralizar la acción administrativa*»; o «*el plano superior al de la legalidad al que la desviación de poder pertenece*». Sin embargo, otra doctrina, como el criterio de Martín Retortillo, García de Enterría y Santamaría, considera que el plano auténtico de la desviación del poder es el de la estricta legalidad, y también, en España los tribunales contencioso administrativos han sido reticentes en acoger este vicio como motivo antiético.

Por mi parte, sin mayor pretensión de un autor administrativista, considero que conforme los artículos 2, 3 y 141, de la Constitución, que, como un exceso por encima de los principios de la celeridad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la rendición de cuentas y la responsabilidad en el ejercicio de la función pública; y de los valores axiológicos del Estado democrático de derecho; es posible considerar la desviación de poder como un medio de moralizar la acción administrativa. Pero, sin llegar a afirmar que toda desviación de poder siempre es dolosa o inmoral, puesto que debe aparecer debidamente demostrada que bajo la apariencia de un acto administrativo puede estar la mala fe o un interés personal del funcionario; o un interés ideológico, sectarismo político o antidemocrático de la Administración. Por tanto, considero que, en el derecho administrativo venezolano, en razón de la axiología constitucional, la desviación de poder no tiene sólo un sentido puramente institucional. Porque en mi criterio, los valores axiológicos constitucionales y los principios de la «*ética administrativa*» o «*ética de la función administrativa*», los introdujo el constituyente en la Constitución no sólo contra la corrupción sino contra las distintas actitudes antiéticas de los poderes públicos para responsabilizar a los funcionarios públicos, sino también para «revitalizar a las instituciones públicas»².

Particularmente, en estos actos antiéticos de desviación de poder, además de los referentes a la animosidad o enemistad o de venganza del funcionario, también cabe incluir los excesos de las potestades discrecionales, por ejemplo, reglamentaria o de coacción o de restricción, o de requisas o aseguramiento u ocupación de bienes o propiedades, por motivos políticos o discriminatorios o de favorecimiento de ideologías. Evidentemente, que aparte de lo formal e institucional, lo subjetivo o intencional, propio de la ética, es también desviación de poder, por lo que como lo dice la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en sus

² BAUTISTA, Oscar. *La Ética y la Corrupción en la Política y la Administración Pública*. Trabajo de Maestría. España: Universidad Internacional de Andalucía, 2006, 165 p. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/7816/1/tesis-maestría_2.pdf

sentencia del 26 de marzo de 1999 y del 25 de septiembre del 2007, respectivamente:

...la determinación de la desviación de poder en la que presuntamente ha incurrido un funcionario público es una tarea que requiere mucho cuidado, pues, en ese proceso valorativo no sólo deben examinarse elementos objetivos o concretos que obran en el proceso, sino también, el elemento subjetivo relativo a la conducta o proceder del funcionario público de que se trate. La valoración conjunta de ambos elementos es lo que puede llevar al juzgador a comprobar si se ha incurrido o no en desviación de poder³.

La constitucionalización del derecho administrativo, en mi concepto, permite superar las críticas al positivismo jurídico que considera que las conexiones entre la ética y el derecho no son determinantes de su validez⁴, porque incorporó un mínimo aceptado de principios y valores morales al derecho positivo⁵. Y porque, como afirma José Luis Martínez López-Muñiz:

...el mínimo ético exigido desde el iusnaturalismo al Derecho se corresponde, desde esta perspectiva, con el debido respeto a los derechos fundamentales. Ello supone que, en un Estado de Derecho, la protección de la ética pública coincide en gran medida con la debida tutela del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales⁶.

Por tanto, ética administrativa, es la inclusión en lo público de los valores morales y del principio de orientación de la Administración al servicio de los ciudadanos y de los intereses generales, que ya están incorporados en la Constitución. Y de los principios de la honestidad, transparencia y buena fe que deben regir la actividad de la Administración Pública según la Ley Orgánica que la regula y que los funcionarios administrativos juran cumplir antes de ingresar a sus cargos.

En concreto, lo que pretendo señalar es que en razón de la inescindible relación entre derecho y ética; y dado que lo ético está mucho más allá de las normas; el análisis de la función administrativa, por la constitucionalización de valores superiores del ordenamiento jurídico, de fines esenciales del Estado y de principios del servicio público, no puede reducirse

³ Gaceta Oficial Digital No 26199, viernes 9 de enero de 2009, pág. 10. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26199/14125.pdf>

⁴ Ver, en este orden de ideas, DARNACULLETA i GARDELLA, María Mercè, "Ética Pública y Derecho Administrativo en la era de la posverdad", en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, Núm. 1, 2020, pp. 41-73.

⁵ PESES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986, 173 p., citado por DARNACULLETA i GARDELLA, María Mercè, "Ética Pública y Derecho Administrativo en la era de la posverdad", *op. cit.*, p. 46.

⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "La moralidad pública como límite de las libertades públicas", en VVAA, *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Vol. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, pp. 1003-1021, citado por DARNACULLETA i GARDELLA, María Mercè, "Ética Pública y Derecho Administrativo en la era de la posverdad", *op. cit.*, p. 46.

a un simple análisis de legalidad. En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado colombiano, en sentencia del 30 de agosto de 2007, ha establecido que, «en un acto administrativo, la observancia de las normas jurídicas, en su mayoría portadoras de valores morales, es una buena herramienta para identificar el contenido concreto de la moral administrativa». Y por ello, ha considerado que las conductas de mala fe, irregularidades, fraude a la ley, corrupción, desviación de poder, etc., son un desarrollo de conceptos morales, que además se encuentran consagradas en el ordenamiento jurídico⁷. Ello es mucho más relevante cuando esos conceptos o valores se establecen en protección de derechos como la libertad, la democracia, de la vida, la igualdad, el pluralismo y la preminencia de los derechos humanos. Por ello, por ejemplo, alguna Constitución como la colombiana, contempla como un derecho colectivo una acción popular de cualquier persona para la defensa específica de la moralidad administrativa, que se consagra en su artículo 88⁸.

En concreto, lo que he querido expresar, que espero haberlo podido hacer, es el planteamiento que, consagrado en el artículo 2, de la Constitución, en concordancia con sus artículos 141 y 293, dentro del concepto de Estado democrático y social de derecho, la ética como un valor superior del ordenamiento jurídico nacional; como lo establece el Consejo de Estado colombiano, en sentencia del 17 de junio de 2001, citando la Corte Constitucional, impone para el derecho administrativo como manera de su interpretación «una disminución de la importancia sacramental del texto legal, pues, “el Estado de Derecho es (...) bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo”»⁹.

Y, finalmente, para concluir, debo precisar que la ética, concretamente, la ética administrativa o la ética de la función administrativa, como valor y principio constitucional, es de textura abierta, en el sentido que no existe un único y definitivo concepto de ambos principios, si acaso pudiera decirse que es un concepto jurídico indeterminado, por lo que corresponde a la jurisprudencia decantarlo a través de los criterios de desviación de poder, entre otros, a partir de la aplicación en cada caso concreto de principios hermenéuticos y hasta de sana crítica. Labor nada

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, radicación: 2003-00013. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 1º octubre de 2008, radicación: AP25000-23-26-000-2004-01856-01.

⁸ Sobre estos temas ver, ARANGO BETANCUR, Sofía y OCHOA SERNA, María Adelaida, El concepto de moralidad administrativa en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado. Medellín: Universidad EAFIT, 2011, 131 p. Disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/xmlui/handle/10784/12060>

⁹ Sentencia proferida el 17 de junio de 2001, Sentencia de la Corte Constitucional T-406 de 1992, citada por SOFIA ARANGO BETANCUR MARÍA ADELAIDA OCHOA SERNA, en su trabajo antes mencionado.

fácil cuando la jurisdicción contencioso administrativa rinde veneración al poder del Estado, en razón de la independencia que debe tener el juzgador sobre la valoración y el análisis del principio de la ética administrativa, puesto que ha de ser concretado en cada caso, lo que implica el juicio de actuaciones y de las valoraciones sobre su conveniencia, oportunidad y proporcionalidad que corresponde realizar al administrador, y de las finalidades que debe perseguir con su actuación y de los derechos que debe proteger y no eliminar o restringir. Así como del análisis de la prescindencia de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales en la función administrativa.

Por tanto, y con esto concluyo, estimo que al definir la moralidad y la ética administrativa de manera absoluta, conforme a un plan ideológico o patriótico o de la patria o de la revolución; o mediante el abuso de los poderes, bienes y recursos para fines electorales, o de ventajismo electoral; no solo se atenta contra los principios de justicia y equidad, sino que, además, se atenta contra los valores de la democracia y el pluralismo que deben orientar el actuar ético jurídico de la Administración Pública, conforme los artículos 2 y 3, de la Constitución.