

APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE “ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA” Y DE “IMPARCIALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN” EN SITUACIONES EN QUE LA ADMINISTRACIÓN EJERCE POTESTADES DISCRECIONALES

Lorena Machi * y Eliana Machi **

RESUMEN. *El objetivo es demostrar que se debería en los hechos de intentar conciliar la aplicación de diversos institutos cuando se está en pleno ejercicio de la función administrativa, en virtud de que muchas veces la aplicación irrestricta de solo uno de ellos (como el de la “Potestad Discrecional” por ejemplo), puede generar riesgos en el cumplimiento y en la aplicación de otros Institutos o principios generales del Derecho, los cuales de alguna manera se encuentran establecidos en normas constitucionales, legales y reglamentarias, pudiéndose citar por ejemplo en este caso el “Principio de la Ética de la Función Pública” y el de “Imparcialidad en el Ejercicio de la Función”. Los principios generales del derecho como los enunciados tienen una función predominantemente garantista y de protección de las relaciones jurídicas y de la aplicación del Derecho. Su finalidad es orientar, ayudar a interpretar y a aplicar las diferentes problemáticas que pueda traer aparejada el mundo jurídico. Muchos de ellos se encuentran plasmados en el Derecho Positivo, provienen de la doctrina o son producto de decisiones jurisdiccionales, pero más allá de eso presentan una naturaleza o jerarquía que se encuentra por encima de dichas fuentes, pudiéndose hablar de un origen iusnaturalista. Es más, también se ha afirmado que los mismos son fuente directa y principal de nuestro ordenamiento jurídico. Sin desatender la cuestión objeto del presente trabajo, nos referiremos además al “Principio de la Independencia Técnica” como garantía del funcionario público asesor de la Adminis-*

* Asesora Letrada de la Dirección Nacional de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Lorenayibarai1986@hotmail.com

** Asesora Letrada de la Dirección Nacional de Telecomunicaciones y Servicios de Comunicación Audiovisual del Ministerio de Industria, Energía y Minería. elianayandira@hotmail.com

tración, y como consecuencia del deber de ética de la función pública y de imparcialidad que debe de ostentar el mismo.

PALABRAS CLAVES. *Potestad Reglada. Potestad Discrecional. Ética de la Función Pública. Principio de Imparcialidad. Independencia Técnica.*

ABSTRACT. *The objective of this paper is to try to demonstrate that it should be in the facts of trying to reconcile the application of several institutes when it is in full exercise of the Administrative Function, since often the unrestricted application of only one of them (The "Discretionary Power", for example), can generate risks in compliance and in the application of other Institutes or general principles of Law, which somehow are established in constitutional, legal and regulatory norms, for example, In this case the "Principle of the Ethics of Public Function" and the "Impartiality in the Exercise of Function". The general principles of law as stated have a predominantly guarantor role and protection of legal relations and the application of law. Its purpose is to guide, help interpret and apply the different problems that can bring the legal world. Many of them are embodied in the Positive Right, they come from the Doctrine or they are product of Jurisdictional Decisions, but beyond that they present a nature or hierarchy that is above these sources, being able to speak of a natural origin ius. Moreover, it has also been stated that they are a direct and principal source of our legal system. Without neglecting the subject matter of the present work, we will refer also to the "Principle of Technical Independence" as a guarantee of the civil servant Adviser of the Administration, and as a consequence of the duty of ethics of the public function and of impartiality that must bear the same.*

KEY WORDS. *Regulated Power. Discretionary Power. Ethics of the Public Function. Principle of Impartiality. Technical Independence.*

CAPÍTULO 1.

1.1 Concepto y diferencias entre Potestad Reglada y Potestad Discrecional

Cuando la doctrina se refiere a la "Potestad Reglada", hace alusión a un conjunto de pautas o comportamientos pre-establecidos en una norma o regla de Derecho. Implica la existencia de un presupuesto de hecho y una consecuencia ya prevista para el mismo, que determinará una conducta futura producto de una actuación administrativa.

En el caso en cuestión, lo que la regla de Derecho prevé es un comportamiento o actuación de la Administración, un camino a seguir específicamente previsto frente a la existencia de determinados hechos ocurridos en la realidad fáctica. Es por lo dicho que se denomina "Potestad Reglada".

... "Cuando hacemos referencia a la potestad reglada nos adentramos en el campo del espacio determinado en el cual la norma jurídica preestablece en forma concreta la conducta que ha de seguir el órgano administrativo en la resolución del asunto, y una vez constatada la presencia del presupuesto de hecho narrado por la norma se anula la

posibilidad de apreciación por la Administración y se limita a la aplicación de la consecuencia jurídica también determinada; es lo que podríamos llamar el rasgo fundamental de lo reglado”...¹

Por otra parte, cuando nos encontramos frente a supuestos de hechos previstos en normas jurídicas los cuales no tienen consigo una consecuencia jurídica o un accionar preciso de la Administración, vemos que se da la existencia de la “*potestad discrecional*”.

Es decir, cuando la norma jurídica no prevé una conducta a seguir, y por ende requiere necesariamente una decisión de la Administración, vemos que igualmente sigue siendo necesaria una actuación por parte de los órganos. Lo que se omite en este caso en las normas jurídicas es de prever la conducta que se deberá asumir, pudiendo la administración optar entre dos o más caminos.

.... “*La Rae define el término discrecional de este modo:*” se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas” (Real Academia Española, 2001). Basándonos en aquella definición podríamos decir que la discrecionalidad administrativa es la facultad que otorga el ordenamiento jurídico a un órgano administrativo para decidir sobre un tema del cual no está contemplada una solución estricta en el reglamento o norma, o si ésta es ambigua”.² ... “esta facultad no es ilimitada, ni está por sobre la ley, en cuanto es derivada de ella misma. Gabino FRAGA señala que “. . la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o en fin qué contenido va a dar su actuación” (Fraga, 2007, pág. 232).³

Nuestra Doctrina nacionalista ha visto con buenos ojos la existencia de la potestad discrecional, en el sentido de afirmar que la misma resulta necesaria para el buen funcionamiento de un Estado de Derecho. Se ha afirmado además que es un “*fenómeno de naturaleza jurídica*”, teniendo como fuente a normas jurídicas. Situación que compartimos plenamente.⁴

Pero un elemento no menos importante a destacar, refiere a que dicha actuación o potestad discrecional conlleva límites en su ejercicio... “*esta actuación tendrá como límite la apreciación, siempre, del interés público y de la finalidad de la norma por la cual fue conferida, pues la Administración no puede desprenderse de su propia naturaleza finalista.... Los criterios rectores de la decisión administrativa estarán dados por elementos extrajurídicos, esto es: políticos, económicos, de oportunidad que justificarán en última instancia la elección de una alternativa con respecto a otra*”.⁵

¹ ARIAS GAYOSO, Grethel. “A vueltas con la discrecionalidad administrativa” en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay*, N° 5 (2010), pp 11-26, disponible en :<http://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/814/816> fecha de consulta 12/1/17.

² VARGAS MURILLO, Alfonso Renato. “Arbitrariedad, Discrecionalidad y libertad en la figura de la discrecionalidad administrativa” en *Revista de Derecho y Cambio Social*, (2015) disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/ARBITRARIEDAD_DISCRECIONALIDAD_Y_LIBERTAD.pdf, fecha de consulta 12/1/17.

³ VARGAS MURILLO, Alfonso Renato, *op. Cit.* p.2

⁴ ARTECONA GULLA, Daniel. “Discrecionalidad y Desviación de Poder. Necesidad y Conveniencia de la Consagración Legal de Potestades Discrecionales a favor de la Administración”, en *Revista de Facultad de Derecho UDELAR*, N° 30 (2011), disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/85>, fecha de consulta 12/1/17.

⁵ ARIAS GAYOSO, Grethel *op. Cit.* p. 15.

...*“Es fundamental destacar que los conceptos de “legitimidad” y “oportunidad” no se confunden ni se asimilan a los conceptos de “facultad reglada” y “facultad discrecional;” es éste un error que algunas veces se desliza en fallos o libros, creemos más por inadvertencia que por sentar un criterio formal y por ello es necesario advertir inicialmente en forma terminante contra él. Hay facultad reglada sólo cuando una norma jurídica preestablece en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir; pero el control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales, en la medida en que haya normas o principios jurídicos que puedan resultar limitativos a ella. Es así posible mencionar entre los límites de las facultades discrecionales que son considerados en el control judicial y administrativo de la legitimidad del ejercicio de la función administrativa: a) los que hemos llamado “límites elásticos”: razonabilidad (proporcionalidad, sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, etc.), desviación de poder, buena fe, alterum non lædere, doctrina de los actos propios (confianza legítima, no contradicción, etc.), eventualmente la equidad; b) los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación etc”.* ...*“De ello resulta que el concepto de “legitimidad” es notablemente más amplio que el de “facultad reglada” y que “oportunidad” es un concepto más restringido que el de “facultad discrecional,” con lo que, en definitiva, el control judicial y administrativo de la “legitimidad” abarca la totalidad de las facultades regladas de la administración y también buena parte de sus facultades discrecionales. El puro juicio de oportunidad, solamente entra en juego cuando no se han violentado ninguno de los principios jurídicos antes expuestos”.*

1.2 Titular de dichas potestades y motivos en los cuales se pueden fundar dichas decisiones

El verdadero titular de la “potestad discrecional” y de la “potestad reglada” es el Administrador, y en este sentido se puede decir que el brazo ejecutor de la Administración lo constituye puramente el jerarca, el órgano que resuelve.

Como podemos ver, la decisión final sin dudas es extrajurídica, y corresponde que el jerarca de todos modos justifique y motive en la resolución a dictar, cuáles fueron los elementos que tomó en consideración a los efectos de llegar a esa decisión final, y el mismo en nombre de la Administración a la cual representa es el único responsable de las decisiones que pueda tomar.

Pero aclaramos y reiteramos que la decisión por más que sea discrecional no permite que se pueda sostener la inexistencia de una debida motivación del acto administrativo, sino todo lo contrario, dicha decisión reflejada en un acto debe de estar debidamente motivada. Por cuanto se ha precisado que la decisión discrecional requiere un matiz extra de fundamentación o motivación de la decisión a recaer.

Es más, al respecto se comparten los siguientes términos: *“según el Tribunal Constitucional, la discrecionalidad es una facultad derivada del mismo Derecho, nunca de la mera voluntad humana, pues el hecho de que exista la libertad de decisión, no implica, que esta deba actuar de modo arbitrario, al contrario, al regirse bajo el principio de legalidad, el cual justifica la existencia de actos no reglados como explicamos antes (pues no todo está estipulado en la norma), es totalmente concordante con el Derecho, pues*

la calidad interpretativa del ente administrativo responde también a los criterios valorativos intrínsecos a su función. No puede entenderse la discrecionalidad fuera del principio de legalidad, pues “cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es la potestad discrecional donde la ley se expresa como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento”⁶.

Sobre lo dicho, respecto a la necesidad de una imperiosa motivación de una decisión discrecional, lo ha afirmado la jurisprudencia del TCA, pudiéndose citar a modo de ejemplo la Sentencia N° 728/2010 de fecha 16 de setiembre de 2010, la cual expresa que: “*Máxime, que lo relacionado con la “motivación” se agudiza en materia de actos discrecionales (como sin duda lo es, el que motiva este accionamiento anulatorio), donde -con relación a los reglados- es mayor la necesidad de justificar la íntima correlación entre “motivo”, “contenido” y “finalidad” del acto (Cf. MARIENHOFF, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo” T. II, Págs. 330 y ss.). Por su parte, GARCÍA de ENTERRÍA considera que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho “los actos, que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales...”. Agregando que “..Particularmente importante es la existencia de motivación de los actos discrecionales... por estimar que la expresión de los motivos, en cuya virtud la Administración ha optado por una concreta solución entre las muchas posibles, es sencillamente fundamental a efectos del control jurisdiccional...” (“Op. Cit.”, T. I, Págs. 554/555)*”.

Como puede verse, la potestad discrecional no implica “*absoluta libertad de decisión*”, la misma está determinada por la existencia de elementos previos que coadyuvan a su determinación, y en definitiva los mismos forman parte del conjunto de motivos que serán contenidos en el considerando de un acto administrativo, como corresponde, por formar parte de la motivación del mismo acto.

Según nuestra posición el instituto de la potestad discrecional viene ligado con el “principio de eficiencia” que debe procurar cumplir la Administración en todo momento en un Procedimiento Administrativo, conforme a lo previsto en el art 2 del Decreto 500/91. (Lo que está en negrita nos pertenece).

Como es lógico de entender, la normativa existente no puede prever todas las posibles hipótesis de actuación, básicamente porque el Derecho no puede contemplar todos los posibles resultados, y a los efectos de poder dar agilidad y eficacia en la actuación administrativa, es que se reconoció la existencia de la potestad discrecional. Es más, muchos autores afirman que este instituto constituye una garantía de la buena administración.

1.3 Límites a la potestad discrecional que tiene el jerarca de la Administración

Claro que sí, y es más, dichos límites constituyen una garantía de protección de los ciudadanos, quienes son en definitiva los destinatarios de las decisiones discrecionales que toma la Administración.

Muchas veces se ha podido ver que a los efectos de conferirle mayor valor a dichas decisiones, se terminan transformando resoluciones concretas y específicas a actos

⁶ VARGAS MURILLO, Alfonso Renato. *op. Cit.* p. 4.

administrativos genéricos, como Decretos, pretendiendo convertir aspectos discrecionales en reglados, cuando en realidad continúan formando parte del elenco de decisiones discrecionales.

Al respecto, Gordillo ha dicho: ... *"El problema contemporáneo, con todo, es la tendencia administrativa a dictar reglamentaciones en exceso, que son fruto de una decisión discrecional y se transforman mágicamente en fuente de regulación. Por ello cabe tener presente que esta pseudo regulación administrativa es una de las grandes trampas de la administración contemporánea"*.

En lo que refiere a los límites, el citado autor ha precisado que: *"En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión, al par que la violación de las facultades regladas es usualmente más clara, al resultar de la mera confrontación del acto con la norma legal; así, la regulación es límite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos. Los principales límites que analizaremos ahora son los siguientes: la razonabilidad (es decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente; en otra formulación, la justicia), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropia), la buena fe, el alterum non laedere"*.⁷

... *"Razonabilidad Sustento fáctico y motivación. La decisión "discrecional" del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es "irrazonable," lo cual puede ocurrir cuando: a) No exprese los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr"*.

Además de la razonabilidad, se ha dicho que se debe de respetar el principio de proporcionalidad, el cual afirma que: *"Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad," refiriéndose a la finalidad "que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes."* La proporcionalidad entre: a) el fin de la ley y el fin del acto; b) el fin de la ley y los medios que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las medidas o el fin que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal⁸.

Además de lo enunciado, se suma el principio general de la no desviación de poder, el cual afirma: *"La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con "desviación de poder," sea: a) Por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.); b) con un*

⁷ GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas". Buenos Aires, F.D.A., 2013. Tomo 1 parte General. Capítulo X "Clasificación jurídica de la función administrativa". "Los Límites a la Actividad Discrecional" p.X26.

⁸ GORDILLO, Agustín. *Cit. op.* P X29.

fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (p. ej., el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será desviado y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (p. ej., para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales). La desviación del poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza.)⁹.

CAPÍTULO 2

2.1 El Principio de Imparcialidad de la función pública cuando estamos en presencia de la potestad discrecional de la Administración

Podemos decir que la imparcialidad del funcionario constituye y ha constituido uno de los principios básicos del Derecho Administrativo, y a pesar de llamarlo “*principio*”, podemos recalcar que existen disposiciones expresas que refieren al mismo, muchas de las cuales se pueden extraer de nuestra Constitución Nacional y normas legales diversas, dentro de las cuales se citan a continuación:

2.2 Derecho Positivo

-El art 58 de la Constitución el cual prevé: “*Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie. No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes*”.

-El art 59 de la Constitución establece: “*La ley establecerá el Estatuto del Funcionario sobre la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario*”.

-Art 20 de la Ley 17.060 dice: “*Artículo 20. Los funcionarios públicos deberán observar estrictamente el principio de probidad, que implica una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. El interés público se expresa en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos*”.

-Art 21 de la Ley 17.060 expresa: “*Artículo 21.- Los funcionarios públicos observarán los principios de respeto, imparcialidad, rectitud e idoneidad y evitarán toda conducta que importe un abuso, exceso o desviación de poder, y el uso indebido de su cargo o su intervención en asuntos que puedan beneficiarlos económicamente o beneficiar a personas*

⁹ GORDILLO, Agustín. *Cit. op.* P X29, X30.

relacionadas directamente con ellos. Toda acción u omisión en contravención del presente artículo hará incurrir a sus autores en responsabilidad administrativa, civil o penal, en la forma prescrita por la Constitución de la República y las leyes”.

-Art 29 Ley N° 19.121 del Estatuto del funcionario público prevé: *“(Enumeración de deberes y obligaciones).- Los funcionarios deben actuar con arreglo a los siguientes deberes y obligaciones: 9) Actuar imparcialmente en el desempeño de sus tareas dando trato y servicio por igual a quien la norma señale, sin discriminaciones político-partidarias, de género, religioso, étnico o de otro tipo, absteniéndose de intervenir en aquellos casos que puedan dar origen a interpretaciones de falta de imparcialidad”.*

-Art 16 del Decreto N° 30/03 de Normas de Conducta de la Función Pública prevé: *“Imparcialidad. El funcionario público debe ejercer sus atribuciones con imparcialidad (art. 21 de la ley 17.060), lo que significa conferir igualdad de tratamiento en igualdad de situaciones a los demás agentes de la Administración y a todas las personas a que refiera o se dirija su actividad pública. Dicha imparcialidad comprende el deber de evitar cualquier tratamiento preferencial, discriminación o abuso del poder o de la autoridad hacia cualquier persona o grupo de personas con quienes su actividad pública se relacione (art. 8° de la Constitución y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por el artículo 15 de la ley 15.737 de 8 de marzo de 1985). Los funcionarios deberán excusarse de intervenir o podrán ser recusados cuando medie cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad, estando a lo que resuelva su jerarca”.*

2.3 Posición de la Doctrina

Después de haber hecho este recorrido por las diversas normas que de manera directa o indirecta refieren al principio en cuestión, ahora vamos a esbozar lo que considera la Doctrina respecto al mismo.

En este caso Emilio Biasco ha dicho que: *“Desde el punto de vista negativo, el principio de imparcialidad expresa la necesaria separación entre política y administración en lo que refiere al funcionamiento de la Administración Pública. Se refiere a la exigencia de que la Administración, en el ejercicio de sus funciones, valore y actúe los intereses públicos, sin sufrir desviaciones por intereses personales del agente, o intereses de grupos de presión públicos o privados, partidos políticos. Desde el punto de vista positivo, expresa que la Administración, sobre la base de la distinción entre parte (parcialidad) y todo (imparcialidad), debe valorar y comparar los distintos intereses que están en juego en la actividad administrativa, de modo que la elección constituya el resultado de un armónico moderamiento de los diversos intereses (Allegretti)... Asimismo, la imparcialidad constituye un corolario del principio de transparencia de la actuación administrativa, en cuanto control democrático de los ciudadanos, sobre la acción de la misma”... “la violación del principio de imparcialidad conduce a la ilegitimidad del acto, bajo el perfil del exceso del poder, por ausencia de una ponderada comparación entre los diversos intereses, públicos y privados, sobre los que el acto incide”.*¹⁰

¹⁰ BIASCO, Emilio. “El Principio de imparcialidad y sus corolarios: la excusación y la recusación”. Disponible en: <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/imparcialidad.PDF>, fecha de consulta 13/17.

Vemos claramente el papel fundamental que trae consigo el principio de imparcialidad, el cual permite constituir una especie de límite de determinados intereses de agentes políticos, ideológicos, y de cualquier otro tipo de influencias externas. Y por ende podríamos considerar además que constituye también un límite agregado a la “Potestad Discrecional” que tendrá a su cargo la Administración.

No puede desconocerse que las Direcciones de los Organismos Públicos, conllevan una naturaleza política detrás de ellas. Los jefes son designados por el Presidente de la República y no por la ciudadanía, y es de entender que un partido político que haya resultado electo por la ciudadanía para gobernar, va a colocar en las diversas instituciones figuras políticas o afines al sector o partido político de que se trate.

Este hecho permite afirmar que los jefes cuando asumen sus cargos ya ingresan con determinados ideales e intereses sectoriales. Y es por eso que para evitar el ejercicio de dichos ideales e intereses políticos y la desviación de la función pública al dictar actos administrativos discrecionales, es que consideramos primordial la aplicación como límite del principio de imparcialidad del funcionario público.

El jefe al tomar decisiones discrecionales debe de actuar de acuerdo al principio de independencia o imparcialidad en la función pública, y pensar más allá de la posición política que ostenta. Debe de pensar en favor del interés público que representa, y del interés general. Las decisiones que tome el jefe durante su ejercicio deben de ser o tratar de ser lo más objetivas posibles, fundadas, motivadas, valoradas, apreciadas desde el punto de vista de su legitimidad.

Emilio Biasco ha considerado que diversos institutos son necesarios y que por ende efectivizan el principio de imparcialidad, siendo los mismos:

- *“los llamados y los concursos abiertos;*
- *las comisiones paritarias;*
- *la abstención y la recusación;*
- *la participación de terceros en el procedimiento administrativo;*
- *el contradictorio;*
- *la congrua motivación de los actos;*
- *el principio de publicidad y las notificaciones;*
- *el principio de buena fe objetiva;*
- *la lealtad de comportamiento por parte de la Administración;*
- *la eliminación de disparidad de trato como síntoma del vicio de exceso de poder”¹¹.*

Como podemos ver en virtud de lo enunciado, actuar en contra del principio de imparcialidad, y por ende ser parcial por algo, o por alguien, implica tener conducta funcional que no se encuentra orientada conforme al interés público, sino por lo contrario, se utiliza a la función pública como una posibilidad de concreción de las aspiraciones personales, privadas, sectoriales, o políticas.

¹¹ BIASCO, Emilio. *op. Cit.* p. 8.

... “*el interés público se relaciona con nuestra dimensión social en el aspecto que conlleva lo político pero también, aun sin conllevar lo político, trasciende de lo meramente privado al ocupar un espacio que necesariamente es genéricamente compartido por requerirlo el adecuado desarrollo de la personalidad*”.¹²

Es por esto que dicha sujeción a tal principio se reitera y reafirma continuamente en diversas normas, cuando según nuestra opinión es casi innecesario que así se haga, puesto que el mismo se encuentra consagrado en diversas disposiciones ya enunciadas de nuestra Carta Magna.

Ahora bien, el Decreto N° 30/003 prevé que cuando el funcionario público incurre en violación de alguna de las disposiciones previstas en el mismo será pasible de un procedimiento disciplinario. Esto es así, en virtud de lo previsto en el Artículo 38° cuando dice lo siguiente: “*Faltas disciplinarias*). *El incumplimiento de los deberes explicitados en este decreto y la violación de las prohibiciones contenidas en él constituirán faltas disciplinarias.*”

Podemos ver que evidentemente una actuación contraria a los deberes enunciados por la norma, constituye una falta disciplinaria. Y hemos visto que el deber de actuación conforme al principio de imparcialidad es uno de dichos deberes, por lo tanto una decisión discrecional de la administración que sea dictada en contra del principio de imparcialidad será contraria a Derecho.

2.4. Opinión de la Jurisprudencia del TCA

-En sentencia N° 232/2016 de fecha 24 de mayo de 2016 ha precisado que: “*entendida ésta como aquella que busca preservar la relación del Juzgador con el objeto del proceso y que se dirige a asegurar que quienes intervengan en la resolución de un recurso se acerquen al mismo sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo que pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María: “La Imparcialidad en el Procedimiento Administrativo: Abstención y Recusación”, Thomson Reuters-Aranzadi, 1ª Edición, Navarra, 2012, pág. 27) de integral aplicación subespecie*”.

-Sentencia N° 560/2015 de 4 de agosto de 2015: “Por último, y en lo que respecta a la denunciada violación del principio de imparcialidad (arts. 20, 21 de la Ley 17.060, art. 16 del Decreto No. 30/003, arts. 2, lit. a), y 3 del Decreto No. 500/991), se estima de recibo el planteo, habida cuenta que el órgano público, por su actuación defectuosa y desviada, dispensó inequitativo tratamiento a diversos agentes de la Administración que operaban como destinatarios del obrar estatal. Para ello, se actuó sin objetividad, neutralidad, desconsiderando la labor funcional del reclamante con el inequívoco propósito de beneficiar otras situaciones funcionales en lugar de priorizar el interés público”.

¹² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Improbidad del Funcionario Público” disponible en www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload?2,4,1240,O,S,0,27940%3BS%3B1%3B108, fecha de consulta 13/1/17.

CAPÍTULO 3

3.1 Aplicación del Principio de Imparcialidad respecto al funcionario asesor o técnico de un Organismo del Estado y la conjugación del deber de obediencia con el de Ética de la Función Pública

Bien hemos dicho que el Jerarca de la Administración tiene en determinados momentos la potestad de dictar actos administrativos reglados, pero también discrecionales. En este último caso, las decisiones que toma son extrajurídicas, ya que se basan en diversos aspectos o motivos que pueden ser técnicos, económicos, políticos, pero en definitiva la decisión final debe de respetar el interés público

La mayoría de las veces el jerarca solicita informes técnicos y jurídicos respecto a determinadas cuestiones previo a resolver en particular, y es aquí donde debemos recalcar que la voluntad decisora del jerarca es y debe de ser totalmente independiente de los asesoramientos existentes en el expediente administrativo, y viceversa, los asesoramientos técnicos y jurídicos deben de ser realizados con la absoluta independencia técnica que implica una actuación funcional imparcial por parte del funcionario público.

3.2 Manifestación del principio de imparcialidad de un funcionario público profesional que ocupa un cargo de asesor en un Organismo del Estado

Esta respuesta es simple, se manifiesta en el sentido de que existe una obligación de brindar un asesoramiento técnico, jurídico u económico objetivo, imparcial, desprovisto de cualquier sugerencia, influencia, elocuencia que pueda darse al mismo. Si el funcionario asesor se encontrase de alguna manera influenciado a que se modifiquen las conclusiones postuladas en su informe, vemos que aquí claramente existiría una transgresión al principio de independencia técnica y por ende al de imparcialidad.

Esta situación es fundamentalmente aceptada por la doctrina, ya que se postula la existencia de independencia técnica que debe de tener y cumplir el funcionario asesor. El mismo ha sido contratado por el Organismo por sus competencias y su conocimiento, no así por su influencia política, sectorial o ideológica. Y tal es así, que el funcionario de carrera subsiste más allá de los diversos cambios de gobierno y por ende cambios de jerarquía que pueda tener el lugar en el cual se desempeña.

Los profesionales asesores o técnicos que fueron contratados por el Estado, tienen como cliente al Estado, pero este hecho no significa que conforme al deber de obediencia debida y al principio de jerarquía funcional deban de informar conforme a los intereses que presenta el Estado. En absoluto.

Si bien el cliente es el Estado, el mismo contrata asesores con el fin de poder determinar con la absoluta conciencia la toma de sus decisiones, pudiendo tener previo a resolver un pleno conocimiento e información de cuáles podrían llegar a ser las posibles consecuencias en las que desembocará tal o cual toma de decisión.

El Estado, por la función que tiene a cargo debe de ser absolutamente responsable en el ejercicio de su función de las resoluciones que dicte. Y estas dependerán en parte del producto o resultado de opiniones técnicas, económicas y jurídicas que el mismo pueda recabar.

Por otra parte los funcionarios profesionales que fueren contratados por el Estado, se deben a la función, y como bien hemos visto *"están al servicio de la nación"*, y no de los intereses particulares que pueda tener el Organismo en el cual se desempeñan.

La RAE define al concepto de Nación como: *"conjunto de los habitantes de un país regido por el mismo Gobierno"*. Por otro lado nuestro artículo primero de la Constitución al hablar de Nación y Soberanía establece lo siguiente: *"La República Oriental del Uruguay es la asociación política de todos los habitantes comprendidos dentro de su territorio"*. Éste es el concepto de Nación que tenemos en nuestro sistema jurídico, y es ante todos los habitantes que se deben los funcionarios públicos, entre los que se encuentran los funcionarios profesionales asesores de los Organismos del Estado.

... *"En definitiva, en la cabeza de todo funcionario público, incluidos los asesores letrados del Estado, la idea que debe subyacer es la necesidad de brindar sus servicios o ejecutar órdenes del modo más eficaz y eficiente, no pensando en su persona o exclusivamente en los intereses del Estado sino teniendo presente siempre el objetivo de acercar a la sociedad al bien común"*.¹³

La manera en que los funcionarios públicos profesionales o asesores del Estado ejercen su función y por ende realizan su actividad es mediante asesoramientos o informes técnicos, objetivos, jurídicos, los cuales resultan ser objetivos, precisos, analizados, estudiados, contemplando las diversas consecuencias posibles que pueda tener determinada decisión.

Pero no solamente mediante asesoramientos escritos por medio de informes es que se manifiestan, sino también asesoramientos y sugerencias verbales. Pero como sobre las últimas no queda constancia alguna ni registro de las advertencias que han brindado los asesores frente a consecuencias negativas que pueda acarrear la actuación de la Administración, a veces se estima afirmar que la tarea de los mismos se traduce únicamente en los dictámenes solicitados, pero esto no es así.

Cabe destacar que es casi seguro que las posibles consecuencias negativas que hayan podido ocurrir ya hubieran sido advertidas previamente, pero a pesar de eso hayan resultado ser desatendidas por la jerarquía. Pero además está decir, que el jerarca no tiene el deber de sujetarse a los dictámenes técnicos y jurídicos, ya que los mismos no resultan vinculantes.

Tanto de una manera (dictamen técnico) como de otra (asesoramiento verbal), el funcionario asesor se encuentra regido por un principio denominado "independencia técnica", y debe de respetarlo en el ejercicio de su función.

... *"Dice Méndez, citado por Rotondo: "el dictamen o consulta, en cuanto traduce un juicio, opinión y hasta consejo del inferior tiene necesariamente que emanar de una voluntad libre, esto es, no sujeta ontológicamente, al poder de mando del superior (...) se trata de discrecionalidad en lo sustantivo o de fondo, en lo que es objeto de examen del consultado que no afecta el orden jerárquico. Dentro de los órganos activos esa discrecionalidad natural existe para órganos eminentemente técnicos"... "En suma, si no existiera la subordinación habría anarquía, pero, si no existiera la independencia técnica, habría autoritarismo. Solo un buen equilibrio entre subordinación e independencia"*

¹³ FAGET, Cecilia. "La Ética del Asesor Letrado de la Administración" en *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año VIII, n° 15 (2009), Monografía Estudiantil, p 215.

técnica garantiza la democracia, justicia y derechos de los Administrados”... “El asesor letrado del Estado, por tanto, puede y debe ampararse en la independencia técnica como herramienta que garantice la independencia de su opinión y saber técnico, por encima del interés personal del jerarca o del propio Estado”... “En otras palabras, el asesor letrado de la Administración tiene el poder-deber de acudir y ampararse en la independencia técnica como modalidad de centralización jurídica siempre que entienda que el interés del Estado no sea armonizable con la norma de derecho”.¹⁴

Cabe agregar que el denominado “Principio de Independencia” se encuentra plasmado además en el Código de Ética de los Profesionales, destacándose en este caso en particular el Código de Ética de los Abogados aprobado por la Asamblea General Extraordinaria de Socios del Colegio de Abogados del Uruguay (Sesiones del 5/12/02 al 14/5/03).

Si nos disponemos a leer el capítulo referente a “Deberes y Responsabilidades del Abogado”, podemos ver que en el numeral 2.4 se encuentra prevista la Independencia técnica, expresando lo siguiente: *“El Abogado tiene el derecho y el deber de desempeñar su profesión con absoluta independencia técnica, tanto respecto de su propio interés como de las presiones externas, y debe abstenerse de comprometerla para complacer a su cliente, al Tribunal o a terceros. Se aplica sin limitaciones a toda intervención profesional, en ejercicio de la defensa o del asesoramiento legal, a personas públicas o privadas, exista o no relación de dependencia por razón de empleo”.*

Creemos que está por demás demostrada la importancia de la existencia de dicho principio, y por ende la importancia en radicar el cumplimiento del mismo.

La doctrina sostiene que la independencia técnica de los asesores letrados en la Administración constituye una garantía para los administrados, para los ciudadanos, ya que en definitiva terminan siendo los destinatarios de la mayoría de las decisiones que se toman en la Administración, o resultan afectados por las mismas de forma indirecta.

Si la expresión de conocimiento y de técnica que esboza un técnico asesor se encontrase influenciada, viciada, o presionada por un jerarca, se estaría atacando la ética del funcionario público, y además, los intereses públicos que el Estado debe de proteger, que en definitiva son los intereses de los ciudadanos, del pueblo y del elector.

Al respecto puede verse lo siguiente: *“La opinión de un asesor letrado, en ningún momento debería verse viciada éticamente en aras de la tutela del interés del propio Estado. Sería una gran ironía que el propio Estado, regulador de todas las normas de derecho y quien en definitiva debe velar por su cumplimiento en aras del fin social, sea quien perturbe y hasta vulnere la aplicación objetiva de la norma de derecho. La misión del asesor letrado es ajustar a derecho el poder del Estado”.*¹⁵

Un tema no menor radica en la situación en la cual se puede encontrar un funcionario asesor cuando el jerarca le impone una orden la cual es considerada contraria a derecho o a la ética de dicho funcionario.

En virtud de la existencia de este tipo de disyuntivas existentes en la Administración, fue que se previó en el art 29 numeral 3 de la Ley N° 19.121 (Estatuto del funcionario público) en los siguientes términos: *“(Enumeración de deberes y obligaciones).- Los funcionarios*

¹⁴ FAGET, Cecilia. *Op. Cit.* p. 218.

¹⁵ FAGET, Cecilia. *Op. Cit.* p. 221.

deben actuar con arreglo a los siguientes deberes y obligaciones: 3) Dar cumplimiento a las determinaciones de sus superiores jerárquicos. Si el funcionario entendiere que lo que se le ordena es contrario al derecho o a las normas de ética, podrá pedir a su jerarca que se le reitere la orden por escrito”.

CAPÍTULO 4

4.1 Decisión Discrecional de la Administración con riesgo de convertirse en Arbitraria

Al respecto se ha dicho que: *“La arbitrariedad, en cambio, se caracteriza por expresar la voluntad ilegítima de quien ejerce el poder; no constituye una potestad reconocida por el derecho sino una definición que se halla fuera del derecho y se extiende a los principios generales, en una suerte de consecuencia del bloque de legalidad”*.¹⁶

Sumado a lo anterior se puede decir que: *“la arbitrariedad según la RAE es el “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.” (Real Academia Española, 2001). Por tanto la arbitrariedad por el solo hecho de proceder en contra de la razón es opuesta a la discrecionalidad. Por su oposición a la ley, antijurídico, y por proceder contra la justicia es contraria a los fines valorativos del Derecho”*¹⁷.

Ahora bien, si pretendemos analizar de qué manera podemos darnos cuenta cuando estamos frente a un acto arbitrario y no discrecional debemos de plantearnos cuáles son los elementos que permiten que nos demos cuenta de esta situación.

El art 123 del Decreto 500/91 preceptúa lo siguiente: *“Artículo 123. Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada”*.

Podemos ver que el principio general en materia de Derecho Administrativo refiere a que los actos que dicte la Administración deben de contar con una motivación.

4.2 En presencia de un acto arbitrario de la Administración

Cuando estamos frente a un acto arbitrario podemos encontrarnos con que el mismo no cuenta con la debida motivación del acto administrativo.

... *“Para el profesor Ramón Fernández, la ausencia de motivación es lo primero que marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, porque si no hay motivación que sostenga el acto, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien lo adopta. “La necesidad de que las decisiones administrativas puedan reportar una explicación objetiva, no es una invención del estamento de los juristas para su propio recreo o para auto afirmar su hipotética preeminencia estamental en el sistema político, es, más bien,*

¹⁶ ARIAS GAYOSO, Grethel. *Cit. op.* p 20.

¹⁷ VARGAS MURILLO, Alfonso Renato. *Cit. op.* P 5.

*una forma imprescindible de búsqueda del consenso democrático en la sociedad actual. Se trata de un esfuerzo puramente de justificación de las decisiones que muestra su carácter por ello la imprescindible legitimidad de ejercicio de sus autores, que la comunidad, que no acepta ya la mera imposición de las mismas por vía coactiva, inexcusablemente reclama”.*¹⁸

CONCLUSIÓN

Creemos firmemente que ha quedado por demás demostrado que nuestra intención fue explicar que los principios de la “Ética de la Función Pública” y el de “Imparcialidad del Funcionario Público” en el ejercicio de la función están de alguna manera por encima de la “Potestad Discrecional” que pueda ejercer la Administración, de modo que esta última al actuar conforme a la misma no debe desconocer ni vulnerar principios fundamentales que de alguna manera forman parte del ordenamiento jurídico y radican en propiciar las debidas garantía para la función pública, así como para los funcionarios en el ejercicio de las tareas que llevan a cabo y como garantía para los ciudadanos, quienes son en definitiva los destinatarios de los efectos de las decisiones que dicta la Administración y por ende los beneficiarios o perjudicados por los mismos.

La administración puede resolver discrecionalmente determinadas asuntos, pero cuando utilice a los funcionarios como asesores técnicos necesarios en forma previa a la decisión a tomar, deberá de contemplar la existencia del principio de imparcialidad y de independencia técnica por encima de todo, sin vulnerarlos, ya que controvertir los mismos implicará una actuación funcional pasible de ser denunciada por violación a las normas de conducta de la función pública.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALEMÁN PARDO, María José. “Acerca de las Diferencias entre Discrecionalidad y Arbitrariedad en la Actuación de la Administración”, disponible en: www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=96, fecha de consulta 13/1/17.
- ARIAS GAYOSO, Grethel. “A vueltas con la discrecionalidad administrativa” en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay*, N° 5 (2010), pp. 11-26, disponible en: <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/814/816> fecha de consulta 12/1/17.
- ARTECONA GULLA, Daniel. “Discrecionalidad y Desviación de Poder. Necesidad y Conveniencia de la Consagración Legal de Potestades Discrecionales a favor de la Administración”, en *Revista de Facultad de Derecho UDELAR*, N° 30 (2011), disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/85>, fecha de consulta 12/1/17.
- BIASCO, Emilio. “El Principio de imparcialidad y sus corolarios: la excusación y la recusación”. Disponible en: “<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/imparcialidad.PDF>”, fecha de consulta 13/1/17.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “Improbidad del Funcionario Público” disponible en www.dgi.gub.uy/wdgi/afiledownload?2,4,1240,O,S,0,27940%3BS%3B1%3B108, fecha de consulta 13/1/17.

¹⁸ ALEMÁN PARDO, María José. “Acerca de las Diferencias entre Discrecionalidad y Arbitrariedad en la Actuación de la Administración”, disponible en: www.fundacionmarianoruizfunes.com/ver_articulo.php?articulo=96, fecha de consulta 13/1/17.

- FAGET, Cecilia. “La Ética del Asesor Letrado de la Administración” en *Revista de Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Año VIII, n° 15 (2009) , Monografía Estudiantil, p 215.
- GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas”. Buenos Aires, F.D.A., 2013. Tomo 1 parte General. Capítulo X “Clasificación jurídica de la función administrativa”. “Los Límites a la Actividad Discrecional” p.X26
- VARGAS MURILLO, Alfonso Renato. “Arbitrariedad, Discrecionalidad y libertad en la figura de la discrecionalidad administrativa” en *Revista de Derecho y Cambio Social*, (2015) disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/ARBITRARIEDAD_DISCRECIONALIDAD_Y_LIBERTAD.pdf, fecha de consulta 12/1/17.

Fecha de recepción: 19 de enero 2017.

Fecha de aceptación: 10 de marzo 2017.