
JURIDIZACION DE LA ETICA PÚBLICA A PROPÓSITO DEL DECRETO N° 30/003 DE 23 DE ENERO DE 2003

CARLOS E. DELPIAZZO

Profesor de Derecho Público II, Universidad de la República
Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Montevideo
Director de Master de Derecho Administrativo Económico, Universidad de Montevideo

SUMARIO:

- I. INTRODUCCION. ENCUADRAMIENTO JURÍDICO DEL DECRETO N° 30/003. II. GARANTIAS DEL COMPORTAMIENTO ETICO.
III. REGLAS DE CONDUCTA Y PODER DISCIPLINARIO. EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE FALTA ADMINISTRATIVA.
IV. CONCLUSION. HACIA EL «RESCATE DE LO ÉTICO» CON IMPLICACIÓN JURÍDICA.

I. INTRODUCCION

Con fecha 23 de enero de 2003, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 30/003 en virtud de cuyo Título I se establece un pormenorizado conjunto de normas de conducta en la función pública explicitando principios generales en la materia (arts. 1 a 37), mientras que en su Título II se desarrollan normas para su aplicación (arts. 38 a 46).

Dicho reglamento se inscribe no sólo en una tendencia actual a la revalorización de la ética en la vida pública¹ sino en normas de superior rango a través de las cuales el Derecho administrativo procura constituirse en una «garantía del comportamiento ético»².

En tal sentido, **a nivel constitucional**, nuestra Carta política establece un conjunto de bases o principios éticos³, entre los que se destaca el consagrado en el art. 58, a cuyo tenor «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». Asimismo, el art. 59 de la Constitución sienta «la base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario».

A partir de estos principios, **a nivel legislativo**, nuestro Derecho positivo ha desarrollado -con distinto alcance según se trate de titulares de altos cargos o no- diversas obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades, acompañadas en muchos casos de represión penal específica, sin perjuicio de la general responsabilidad disciplinaria y patrimonial⁴.

¹ Carlos E. DELPIAZZO - «Ética no exercício da função administrativa», en Rev. Informativo de Direito Administrativo e responsabilidade Fiscal» (Curitiba, 2001), N° 5, pág. 420 y sigtes.

² Jesús GONZALEZ PEREZ - «La ética en la Administración pública» (Civitas, Madrid, 1996), pág. 65 y sigtes.

³ Héctor GIORGI - «Las condicionantes jurídicas y éticas de la actividad del Estado», en Anuario de Derecho Administrativo (Montevideo, 1996), tomo V, pág. 45 y sigtes.

⁴ Carlos E. DELPIAZZO - «Responsabilidad de los funcionarios públicos y de los concesionarios de servicios públicos», en Rev. de Direito Administrativo & Constitucional (Curitiba, 2000), Año 1, N° 3, pág. 39 y sigtes.

Con la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y aprobada por ley N° 17.008 de 25 de setiembre de 1998), entre otras medidas preventivas (art. III), se han propiciado las siguientes⁵:

- a) aprobación de «normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas» (num. 1°);
- b) creación de «mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta» (num. 2°); y
- c) fortalecimiento de «instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades» (num. 3°).

En esa línea, la denominada ley anticorrupción N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 ha puesto el énfasis en la formación de los funcionarios públicos⁶ en «aspectos referentes a la moral administrativa, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses en la función administrativa» (art. 28), a la vez que ha tipificado como faltas y delitos comportamientos reputados contrarios a la probidad, entendida como «una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro» (art. 20).

Asimismo, ha explicitado el carácter ético y servicial de la función pública en sentido amplio al establecer en el art. 21 de la ley N° 17.060 que «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 directamente relacionadas con ellos».

Como reverso de la moneda, el art. 22 de la citada ley N° 17.060 reputa «conductas contrarias a la probidad en la función pública:

- a) negar información o documentación que haya sido solicitada en conformidad a la ley;
- b) valerse del cargo para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero;
- c) tomar en préstamo o bajo cualquier otra forma dinero o bienes de la institución, salvo que la ley expresamente lo autorice;
- d) intervenir en las decisiones en las que haya participado como técnico; y
- e) usar en beneficio propio o de terceros información reservada o privilegiada de la que se tenga conocimiento en ejercicio de su función».

A nivel administrativo, procurando codificar los principales deberes funcionales de contenido ético, en el año 1999, la Oficina Nacional del Servicio Civil propuso un Decálogo de Principios de Etica en la función pública⁷.

Años antes, con específica referencia a la conducta médica de los dependientes del Ministerio de Salud Pública, el Poder Ejecutivo había aprobado el Decreto N° 258/992 de 9 de junio de 1992, posteriormente extendido en su aplicación por el Decreto N° 204/001 de 23 de mayo de 2001.

II. GARANTIAS DEL COMPORTAMIENTO ETICO

A) Control social y transparencia

Bajo la denominación de «Control social», el capítulo III de la ya citada ley anticorrupción N° 17.060 contiene tres disposiciones jerarquizadoras del principio de transparencia en el obrar de los servidores públicos⁸.

En primer término, el art. 5° ordena que «Los organismos públicos darán amplia publicidad a sus adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios».

A renglón seguido, establece el art. 6° que «El Poder Ejecutivo, a propuesta de la Junta (Asesora en Materia Económico Financiera del Estado creada en la misma ley), llevará a cabo periódicamente campañas de

⁵ Augusto DURAN MARTINEZ - «Corrupción y derechos humanos. Aspectos de Derecho administrativo en la Convención Interamericana contra la Corrupción», en Estudios sobre Derechos Humanos cit., pág. 125 y sigtes.

⁶ Carlos E. DELPIAZZO - «Profesionalización de la función pública en Uruguay», en La profesionalización de la función pública en Iberoamérica (INAP, Madrid, 2002), pág. 256 y sigtes.

⁷ Ruben CORREA FREITAS - «La Etica en la Función Pública», en Rev. de Administración Pública Uruguay (Montevideo, 1999), N° 25, pág. 5 y sigtes.

⁸ Carlos E. DELPIAZZO - «Desafíos actuales del control» (F.C.U., Montevideo, 2001), pág. 97 y sigtes.

difusión en materia de transparencia pública y responsabilidad de los funcionarios públicos, así como sobre los delitos contra la Administración Pública y los mecanismos de control ciudadano».

Finalmente, agrega el art. 7º que «Los actos, documentos y demás elementos relativos a la función pública pueden ser divulgados libremente, salvo que por su naturaleza deban permanecer reservados o secretos o hayan sido declarados tales por ley o resolución fundada. En todo caso, bajo la responsabilidad a que hubiere lugar por Derecho».

De acuerdo al art. 18 del Decreto N° 30/003 se explicita el alcance del principio de transparencia, con el cual «se quiere dar un paso más respecto a la publicidad... como que la publicidad implica mostrar pero la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejar ver; simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un cristal»⁹.

Se trata de subrayar cómo la sociedad quiere que sea la Administración: no sólo debe servir sino que debe mostrar cómo sirve, lo cual exige que sea abierta a la información, a la participación y al control democrático.

Por eso, bien se ha dicho que la transparencia «constituye una consecuencia de la muy elemental presunción de que el gobierno pertenece al pueblo, quien tiene derecho a saber qué hacen los servidores públicos, por qué y cómo lo hacen»¹⁰.

Por lo que refiere a la actividad empresarial del Estado, el art. 191 de la Constitución establece que «Los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica, publicarán periódicamente estados que reflejen claramente su vida financiera. La ley fijará la norma y número anual de los mismos y todos deberán llevar la visación del Tribunal de Cuentas».

Al decir de nuestra más calificada doctrina, se trata de una medida de buena administración, tendiente a mantener informada a la opinión pública sobre el desenvolvimiento de dichos entes, que constituye una forma de control popular sobre la actuación de los mismos¹¹.

En esa línea, deben inscribirse disposiciones legales recientes que apuntan al conocimiento real por la población de la actuación de los funcionarios públicos, especialmente en lo que refiere a la obtención y aplicación de los dineros del Estado.

Así, la ley N° 17.040 de 20 de noviembre de 1998 estableció que «las empresas públicas o de propiedad estatal, con actividad comercial e industrial, publicarán su balance general, expresado en los estados de situación patrimonial y de resultados, confeccionados conforme a lo dispuesto por los arts. 88 a 92 de la ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989, antes de un año de vencido el ejercicio contable, previo dictamen de auditoría del Tribunal de Cuentas que se expresará y responsabilizará respecto de la razonabilidad y consistencia de los mismos. La publicación, que se realizará en al menos dos periódicos de circulación nacional, estará a disposición de los medios de comunicación que la soliciten» (art. 1º).

Respecto a esta ley, interesa destacar la amplitud de su alcance subjetivo y la preocupación de que la información a publicar sea fácilmente comprensible para los ciudadanos.

En efecto, la misma comprende a todas «las empresas públicas», es decir, tanto a las estatales como a las no estatales. Pero además se extiende a las empresas «de propiedad estatal», con lo cual incluye a todas las formas organizativas -aún de Derecho privado- que las Administraciones públicas puedan adoptar para su actuación¹².

Además, la ley no sólo detalla los aspectos que debe incluir la publicación (art. 2º) sino que comete a la reglamentación adoptar los medios necesarios «para que el usuario no especializado pueda formarse un juicio cabal del servicio y su tarifa» (art. 3º).

⁹ Carlos E. DELPIAZZO - «La regulación legal del control social y transparencia», en Rev. de Antiguos Alumnos del IEEM, Año 5, N° 1, pág. 29 y sigtes.

¹⁰ Richard S WERKSMAN y Carlos MAMFRONI - «La transparencia y la Convención Interamericana contra la Corrupción», en Rev. de Derecho Administrativo (Buenos Aires, 1996), Año 8, N° 21-23, pág. 346.

¹¹ Ver: Enrique SAYAGUES LASO - «Tratado de Derecho Administrativo» (Montevideo, 1959), tomo II, pág. 194; Horacio CASSINELLI MUÑOZ - «Derecho Público» (F.C.U., Montevideo, 1999), págs. 270 y 271; y Julio A. PRAT - «Los Entes Autónomos» (A.M.F., Montevideo, 1971), pág. 112.

¹² Ver: Mariano R. BRITO y Carlos E. DELPIAZZO - «Derecho Administrativo de la Regulación Económica» (U.M., Montevideo, 1998), pág. 53 y sigtes.

B) Virtudes y vicios en la función pública

Cuando reflexionamos acerca de la conducta funcional debida y de las normas que la direccionan, «hablamos (aunque no nos demos cuenta) de desarrollar virtudes humanas. A su vez, cada una de ellas tiene una contracara. Cada virtud tiene una contracara que es un defecto, que podemos llamar con mayor precisión, un vicio»¹³.

En el quehacer de la Administración, sabido es que «la idea de servicio de los intereses generales debe presidir la actuación de cualquiera que realiza una función pública. Autoridad o funcionario, político o empleado, debe hacer siempre lo que sea mejor para los intereses públicos»¹⁴.

En tal sentido, merece destacarse el acápite del art. 2º del reglamento de procedimiento administrativo aprobado por el Decreto Nº 500/991 de 27 de setiembre de 1991, a cuyo tenor «La Administración pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho». Precisamente, la corrupción se caracteriza como «la irrupción del interés privado, actuando por fuera de las normas, en el recinto de lo público»¹⁵, como la conducta de quienes, «en lugar de servir al interés general, se sirven de su ejercicio para su provecho»¹⁶. Nuestra ley Nº 17.060 la define como «el uso indebido del poder público o de la función pública para obtener un provecho económico para sí o para otro, se haya consumado o no un daño al Estado» (art. 3º).

«Pero -según se ha dicho¹⁷- la Etica en la Administración pública no se agota en la fidelidad a los intereses generales» sino que reclama el trabajo bien hecho. «Exige una entrega al servicio, un afán de perfeccionamiento en las técnicas, un esfuerzo en intentar la perfección». Para ello, se requiere cultivar las virtudes y luchar contra los defectos.

Según la enseñanza aristotélica, las virtudes son hábitos operativos buenos, por lo que nadie nace virtuoso sino que las virtudes se van alcanzando mediante esfuerzo, lucha y educación. Precisamente, la madurez humana a nivel natural es consecuencia del desarrollo armónico de las virtudes humanas¹⁸ y, en el ámbito de la función administrativa, son necesarias la generosidad, la fortaleza, el optimismo, la perseverancia, el orden, el respeto, la sinceridad, la lealtad, la laboriosidad, la paciencia, la justicia, la obediencia, la humildad y el patriotismo.

La conducta contraria a cada una de esas virtudes es un defecto, y es necesario no acostumbrarse a esos vicios sino luchar personal y colectivamente contra ellos; el tolerar la deshonestidad, la debilidad, el pesimismo, la falta de fijeza, el desorden, la falsedad, la deslealtad, la pereza, la injusticia, la desobediencia, la soberbia y la viveza criolla desembocan en la corrupción. Corrupción significa echar a perder o pudrir; «una sociedad y un país que se acostumbra a estas prácticas y actitudes y las toma como normales, es una sociedad y un país que terminan pudriéndose... No hay duda entonces que para evitar este tipo de acostumbramientos hay que desarrollar virtudes y tener ideas y principios claros en la cabeza. Ello implica formar la conciencia primero y no engañarla después»¹⁹.

Bajo tal perspectiva, es inocultable la importancia pedagógica del Decreto Nº 30/003 en análisis y, consecuentemente, la trascendencia de su divulgación y presunción de conocimiento (art. 7).

III. REGLAS DE CONDUCTA Y PODER DISCIPLINARIO

Lo antedicho podría inducir a pensar que la enunciación de principios, prohibiciones y reglas de conducta en el desenvolvimiento de la función pública tiene un carácter meramente indicativo de lo deseable, sin valor y fuerza jurídicos.

Sin embargo, nada más alejado de la verdad. Tal como lo preceptúa el art. 38 del Decreto, con base en el art. 21 de la ley Nº 16.070, «El incumplimiento de los deberes explicitados en este Decreto y la violación de las prohibiciones contenidas en él constituirán faltas disciplinarias. Como tales, serán objeto de sanción propor-

¹³ Nicolás ETCHEVERRY ESTRAZULAS - «Un torneo de nuestros tiempos. Etica profesional ¿por qué y para qué?» en Rev. de la Facultad de Derecho (Montevideo, 2000), Nº 17, pág. 74 y sigtes.

¹⁴ Jesús GONZALEZ PEREZ - «La ética en la Administración pública» cit., pág. 52.

¹⁵ Washington ABDALA y Guillermo MACIEL - «Manual de Ciencia Política» (F.C.U., Montevideo, 1996), tomo II, pág. 219.

¹⁶ José A. CAGNONI - «Justicia y sociedad: los fenómenos de la corrupción», en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 1997), Mº 11-12, pág. 15.

¹⁷ Jesús GONZALEZ PEREZ - «La ética en la Administración pública» cit., págs. 57 y 58.

¹⁸ David ISAACS - «La educación de las virtudes humanas» (Eunsa, Pamplona, 1988), pág. 40 y sigtes.

¹⁹ Nicolás ETCHEVERRY ESTRAZULAS - «Un torneo de nuestros tiempos. Etica profesional ¿por qué y para qué?» cit., pág. 78.

cionada a su gravedad, previa sustanciación del procedimiento disciplinario respectivo, en el que se asegurará la garantía de defensa. Ello sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal prevista por la Constitución y las leyes».

Conforme al art. 169 del Decreto N° 500/991 de 27 de setiembre de 1991 -en línea con la mejor doctrina nacional²⁰ y con el antecedente del art. 181 del Decreto N° 640/973 de 8 de agosto de 1973- se establece que «la falta susceptible de sanción disciplinaria, es todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole los deberes funcionales».

Quiere decir que el apartarse del desempeño funcional presidido por el interés público, el no observar una conducta honesta, el no actuar de buena fe y con lealtad, el ser desobediente, irrespetuoso o parcial, implicando el interés personal con el público, el desenvolverse sin transparencia, eficacia y eficiencia, así como la violación de las prohibiciones relacionadas con implicancias, parentesco o usos indebidos, configuran faltas administrativas.

Consecuentemente, tales conductas obligan al jerarca al ejercicio del poder disciplinario, entendido como la facultad de aplicar medidas disciplinarias mediante un procedimiento especialmente establecido a esos efectos, con el objeto de la conservación del orden jurídico administrativo²¹.

IV. CONCLUSION

Es indudable que asistimos en nuestros días al «rescate de lo ético» ya que, hasta hace sólo unos años, el asunto de lo ético estaba relegado a la filosofía y a la religión que, lamentablemente, dentro del escalafón de los saberes del hombre, habían caído para muchos en desgracia, al punto que la Ética brillaba por su ausencia -y aún sigue brillando- en muchas carreras universitarias. Bienvenido sea que se hable de la Ética con tal que no se haga con ligereza o porque queda bien. Es que «los fraudes, las arbitrariedades políticas, las injusticias descaradas, las conductas insanas y tantos otros desmanes semejantes nos han obligado a romper el silencio... Lo que importa ahora es que no sea todo un juego de palabras sino un compromiso de conversión a la conducta ética»²².

En esa sintonía es que corresponde ubicar las normas de conducta edictadas en el Decreto N° 30/003. Su ponderada aplicación conducirá a una mejora de nuestra Administración pública volviendo a dibujar con trazo firme la separación entre lo que está bien y lo que está mal (que no se vuelve bueno porque muchos lo hagan).

Una de las características de la sociedad globalizada en la que vivimos es que «estamos saturados de información como nunca se lo ha estado... Lo que falta es el juicio, el discernimiento, la capacidad de decir qué está bien y qué está mal... Para eso, es necesario adquirir una sabiduría». Y esa sabiduría consiste en «la formación de uno mismo por la utilización de las virtudes: la justicia, la prudencia, la fortaleza y la templanza; la fe, la esperanza y la caridad que dan acceso a las tres virtudes según Platón: lo bueno, lo bello, lo verdadero»²³.

Que así sea.

²⁰ Enrique SAYAGUES LASO - «Tratado de Derecho Administrativo» cit., tomo I, pág. 326.

²¹ Augusto DURAN MARTINEZ - «El régimen disciplinario en la Administración Central» (ONSC, Montevideo, 1975), pág. 6.; y «Principios del procedimiento disciplinario», en A.A.V.V. - «Procedimiento Administrativo» (UCUDAL, Montevideo, 1991), pág. 81 y sigtes.

²² Luis Carlos BERNAL - «El cansancio de ser honrado» (Montevideo, 1999), págs. 103 y 104.

²³ Jean GUITTON - «Sabiduría cotidiana. El libro de las virtudes recuperadas» (Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 2002), págs. 12 y 164.