

LAS PRACTICAS ADMINISTRATIVAS Y EL CONTROL DE MORALIDAD DE LA ADMINISTRACION

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Federal de Paraná (Brasil)

No hay disciplina del conocimiento humano, en verdad, que no tenga importancia para la Administración, así como no hay problema administrativo que no tenga importancia para todas y cualesquiera disciplina científica o no científica. En general, la vinculación que comprende la teoría del estado es clara y manifiesta, pues busca la participación de las ciencias sociales, de la política, de la historia, de la antropología, de la sociología, de la psicología social, de la economía, de los negocios privados y, sobre todo, de la moral.

El concepto de Administración está tan ligado al concepto de estado o de gobierno, que el fenómeno real de *Administración pública* sólo puede ser entendido al través de dos hechos definitorios: a) La *administración pública* es organización y dirección de una colectividad social, orientada para fines políticos de gobierno; b) La *Administración pública* es arte, ciencia y técnica al mismo tiempo, aplicada a la solución de los problemas de la vida comunitaria.

Si se observa bien, no es nada fácil, en presencia ante el hecho *administrativo*, definir lo indefinible. Lo que se sabe es que, donde hay gobiernos, estado de derecho, leyes y reglamentos, normas jurídicas, convivencia colectiva, hay, por cierto, *tipos de organización* capaces de atenuar los antagonismos, favorecer las igualdades, asegurar los derechos, proteger las libertades.

Investigadores, juristas, administrativistas, están conscientes en lo siguiente, Administración, en su forma sustantiva, es *orden constituido*, natural, jurídico, social, económico y moral. Poco importa, sin embargo, la tónica de las reglas aceptadas y consagradas. Lo que pasa a tener importancia fundamental, no es otra cosa que el hecho de la organización político-constitucional.

Aún cuando ambos significados definitorios sean imprecisos, hay que hacer notar en el estado y, en consecuencia, en la Administra-

* Traducción de Sergio Gómez Núñez.

ción pública, la existencia de condicionamientos que revelan implicancias comunes, que configuran obligaciones iguales, que limitan la libre manifestación de la voluntad, o que establecen deberes de una parte y de otra, entre los que gobiernan y quienes son gobernados. En esa línea de separación reside lo que es legal de lo que no lo es, lo que es moral de lo que no lo es.

Cabe preguntarse ¿Cómo entender la organización política sin organización de coordinación administrativa? ¿Cómo explicar la coordinación en el orden jurídico-administrativo sin jerarquía de fines y de funciones, sin un sistema estructural de actividades coherentes? ¿Cómo entender un sistema estructural sin unidad de la gestión administrativa? ¿Cómo explicar la gestión administrativa sin una actividad nominada de actos y de servicios? ¿Cómo entender los actos y servicios fuera del régimen de competencia funcional o sin medios que procuren los fines? Sin duda, cabe al Estado interpretar las *reglas*, afirmar los *principios*, ajustar las *formas*.

Ese es precisamente el momento en que el estado organizado políticamente y coordinado administrativamente, deviene en *poder*, esto es, a tener actividades y funciones, a ser el administrador de los bienes y cosas públicas, a tutelar las relaciones de los particulares, o a ejercer en plenitud privilegios de soberanía y prerrogativas privadas de naturaleza constitucional.

Aunque haya una preminencia, de principio, del *poder* sobre el principio de *libertad*, eso no quiere decir que las reglas y las formas no enmarquen a la Administración en su labor, ni que la legalidad se imponga entre el libre ejercicio administrativo y los derechos del individuo.

Y la legalidad aquí significa *derecho*, o la ley en su mejor y más exacta expresión jurídica; el derecho, aun, como una realidad necesaria, tanto desde el punto de vista moral-espiritual como técnico: armonizándose como problema medular, la relación entre la voluntad y la norma legal, calificando el poder político-administrativo por su base de legitimidad.

Como ocurre con todas las sociedades políticamente organizadas, de la legitimación del poder transcurre, en su exteriorización, los conceptos de justicia y de legalidad, de normatividad y de moralidad. Nada hay de falso en la costumbre que es *moral*, en la igualdad jurídica que se hace *moral*. Es evidente, en el intertanto, que en el orden público sólo interesa la moralidad como medida, no lo amoral

o inmoral que son presupuestos indicadores de la persona humana.

No hay propiamente una teoría para la configuración jurídica de la moralidad administrativa. Los que pretenden construir algo concreto en torno del *acto-moral* fallan en sus propósitos, pues en su subjetividad las propias leyes se hacen morales. En el plano de la eficacia, también la forma de la norma legal, exige que el interés público sea un interés moral.

No se puede, con todo, afirmar que la noción de moralidad excede a la noción de legalidad. No es así en la vida social. Lo que se espera en el uso de una facultad mayor, es que la Administración, o el estado, al través de una manifestación de voluntad administrativa, a pesar de justificables motivos determinantes, no considere de iguales situaciones que deban ser iguales.

El interés público no es de algunos por ser de todos. En la afirmación anterior, categórica por excelencia, se asienta una regla coercitiva universal de conducta. Lo que se impone, frente a la ilimitación discrecional estatal, es que los casos particulares no se originen en la legalidad, sino que, a lo menos, se afirmen por medios que no ofendan la moralidad administrativa.

Ciertamente, se torna difícil en un acto de manifestación unilateral de voluntad distinguir el valor jurídico positivo del valor moral abstracto. El fraude, así como la desviación de fin, la competencia así como el ejercicio del arbitrio, son factores imponderables que no permiten una correcta adecuación para el problema de la legalidad versus moralidad.

Tantas son las operaciones administrativas, y se presentan en formas tan variadas que pudiendo lesionar las situaciones jurídicas existentes o crear otros derechos y nuevas obligaciones, necesitan ineludiblemente con el respaldo legal, y también el control de legalidad. No se trata, con todo, y posiblemente, de una medida apriorística y no conforme a lo que la ley señala.

Dirán algunos administrativistas menos avisados que no pasa de ser una utopía cualquier tipo de control del acto administrativo en lo tocante al examen de moralidad. Nuestra posición es diferente, y basta recordar la extensión del poder de policía para observar, que entre los medios de acción de la Administración, el de policía corresponde de hecho a una actitud pública de naturaleza moral. Esa es, entretanto, una materia para ser estudiada en otra ocasión más oportuna.

Existen los que hablan en defensa de la moralidad confundiendo los instrumentos preventivos con los represivos. Pero para el tema la cuestión no cambia en sus aspectos de importancia doctrinaria. Por el contrario, acentúa la noción de deber administrativo en las esferas pública y privada.

Son facultades que en muchas ocasiones se extralimitan hasta el fundamento legal. Y ¿cuál es el motivo de esta extralimitación? El moral, sin duda, reprimiendo todo aquello que contraría el criterio ético y social dominante, lo que se está defendiendo es la pacífica convivencia humana. Y no sólo éstos sino también los valores que afectan el patrimonio moral.

Sustraer del análisis la moralidad del acto administrativo jamás será el método más fácil para el examen de su legalidad. En cuanto al control, dadas las condiciones legislativas, el criterio moral se torna adecuado en lo que dice relación con la buena gestión de los bienes patrimoniales públicos. De esta orientación se desprende que, aquí, la Administración no puede desprenderse de la buena gestión.

No hay porqué no entender el control de la moralidad en el área jurisdiccional propia. Ya que se exige de la Administración obediencia a la ley, se hace necesario que la norma legal aplicada sufra las correcciones pertinentes cuando llega a perjudicar, distinguir, distorsionar, innovando situaciones que poco conciben con la dinámica propia de los derechos, y por tanto, con el orden jurídico.

Cualquier aproximación del derecho y de la ley con la moral fortalecen el orden jurídico. En un sistema de garantías, como lo son todos los sistemas jurídicos no obstante la orientación política, los valores se confunden cuando se trata del estado en función de gobierno. Y, en esto, el pensamiento doctrinario y la realidad social se identifican en la acción administrativa.

Apartar un valor de otro, el jurídico del moral, es una tarea de las más complejas. Ya en su origen, el concepto de ley es un concepto natural y moral. Entre tanto, lo que se quiere, se llama preservación de la norma legal en cuanto aplicada; de eso depende el orden público, el respeto social por las instituciones. La verdadera sabiduría consiste en saber hasta dónde la ley puede llegar, hasta dónde el administrador puede ir.

Nadie osa defender el desaparecimiento de la discrecionalidad administrativa. Se sabe que los órganos administrativos no pueden, de manera alguna, elaborar un código de conducta no discrecional, espe-

eficaz y simple. Pero, sin duda, la protección fundamental de los derechos reposa tanto en procesos formales como en los padrones éticos de la Administración y agentes públicos, en su concepción de interés público y del uso del poder a ellos confiados.

Lo que se quiere evitar, prohibir, con todo, es la lesión o la exacción en las prácticas administrativas. La investigación moral en la aplicación de las leyes. Las maneras formales de controlar el uso del poder discrecional. El derecho de provocar el examen judicial fundado en la no moralidad del acto perjudicial. Dirimiendo litigios entre particulares y la Administración, atenuando los conflictos que, por la independencia de los poderes, escapan a la tutela jurisdiccional.

Si la materia es de prueba los llamados motivos determinantes no proceden. No existen de hecho, o pasan a ser ilícitos y no morales. Legal un acto, pero que no sea de interés general, la legalidad sola no basta. He aquí que el mérito presenta un contenido sustancial negativo. La importancia del elemento fin trasciende la simple teoría de los motivos, no porque no sea permitido por la ley, sino porque no se legitima por lo que pretende alcanzar.

Hasta ahora la doctrina se ha mantenido un tanto alejada de explicaciones que puedan contrariar algunas tesis consagradas. Con el progreso jurídico, científico y técnico del derecho administrativo, las situaciones son otras, bastante diferentes de aquellas que sólo atendían a las prerrogativas o derechos estatales.

El derecho administrativo de hoy guarda en su desarrollo una enorme distancia de aquel derecho que nació de la revolución francesa. Por lo tanto, no está ahí para observar y apenas disciplinar las relaciones privadas. Es relacionador por excelencia, dinámico por naturaleza, activo por necesidad.

Hay herencias, por lo mismo que quedaron estrechas en las teorías y en el pensamiento doctrinario. Herencias de hechos que se hicieron instituciones y que quedaron en la historia. Plenamente justificadas en el siglo 18, y que pasarán a ser una tendencia dominante en la evolución del derecho público y político.

La libertad administrativa de gestión para mejorar la ejecución de servicios, permitió al Estado insertar en el contexto de política de administración algunas figuras que se tornaron clásicas y no discutidas. Figuran que con el tiempo asumieron enormes proporciones en el concepto de la función de gobernar.

Integradas en el orden jurídico e imponiéndose al comportamien-

to administrativo, la influencia que pasan a tener desvinculando ciertos tipos de actividad, no se limitó consecuentemente a ámbitos determinados, sino alcanzó extensos campos de autoiniciativa, o de libre decisión.

Obsérvese que el acto administrativo, protegido por la discrecionalidad, no pocas veces violará situaciones jurídicas estables y en especial cuando se exterioriza al través del espíritu legislativo, y pasando a la intangibilidad quedando excluido de cualquiera función revisora correctiva.

Quando dicho acto administrativo alcanza, en el intertanto, características disciplinadoras del interés público, aun si imperfecto formalmente, de él no se esperan soluciones que no sean de conveniencia general. No se trata aquí, por cierto, de excepciones que existan en los regímenes de legalidad revolucionaria.

Lo que se quiere con la evolución de la moral en el derecho, principalmente en los casos concretos, es que la regla discrecional en su operación de acción administrativa corresponda a las necesidades públicas, o esté sustentada en motivos superiores coincidentes con una situación de hecho.

Discrecionalidad y arbitrariedad, poder discrecional y poder administrativo, desviación de poder y situación de hecho, vicios del acto administrativo y moralidad, jurisdicción y legalidad, son algunos presupuestos que se materializan después de las indispensables "razones de causa".

Todas esas nociones son nociones equivalentes. Entretanto, casi siempre es difícil una exacta distinción conceptual. En ciertos actos de naturaleza evidentemente pública, no es fácil decir dónde actúa el arbitrio o la discreción, dónde el poder se hace discrecional o arbitrario.

En la cuestión de moralidad los equívocos desde hace mucho ya fueron resueltos por la doctrina. Lo que se pretende no es desconocer realidades excepcionales que obligan a una más enérgica acción gubernamental, sino que los actos administrativos no se sustraigan a las imposiciones naturales de los derechos. Nada tan simplista, en razón a las dificultades que se encuentran, como calificar un acto sin pretender clasificarlo en el orden jurídico, sin ningún análisis de la condición de su aplicabilidad, dejando a la administración libre para derogar órdenes o prohibiciones, entregar o adquirir funciones no previstas. Corrección de los excesos no motivados, he aquí el *quid* de la cuestión. Cual-

quiera que sea la forma a través de la cual se exteriorice la discreción administrativa, se desea que la facultad asuma dos aspectos: un imprevisible "deber" y una imposición "pública".

Se entiende por deber imprevisible una obligación inmediata no esperada, pero en las exigencias propias de la actividad administrativa. Se comprende por pública imposición el acto que alcanza áreas determinadas de interés social, colectivo o comunitario. En ello va el derecho del particular, individual o personal. Ni el interés privado protegido, ni la indebida aplicación del derecho vigente, pues, otras son las reglas, los principios, las normas. La omisión legal jamás será un criterio administrativo en sí misma corporizada.

Como artificio, la omisión legal, abstrayendo el acto de la ley, es de lo más ruinoso para el orden jurídico. No es siquiera discreción o libertad de aplicar la ley. Si las funciones no fuesen debidamente limitadas y resguardadas, se podría entonces comprender que el estado pudiese crear privilegios en el régimen de legalidad.

Además, la conveniencia y oportunidad no son condiciones que se desprecien: aparecen para la Administración en un mismo momento. Entretanto, en el orden jurídico-público, no siempre la oportunidad recomienda la conveniencia, ni la conveniencia pasa a ser oportunidad.

Tantas son las sutilezas, que la discrecionalidad se desvirtúa constantemente en los excesos de acción administrativa. De ahí la inseguridad jurídica con respecto a la omisión legal. Y omisión que no se resuelve cuando ofende, sea que exista, o no exista, apelación posible a instancias de jerarquía superior.

No tiene cabida, por cierto, en la esfera administrativa, avalarse objetivamente de la conveniencia o de la oportunidad. Eso lleva no a la discrecionalidad, sino a la arbitrariedad. Consiste la fórmula del equilibrio apenas en una verdad: el principio de la norma legal para dar fundamento a cualquiera medida del poder público contra el individuo.

Considerando que la legalidad se comprende no sólo en las reglas de los textos escritos, sino también en las reglas de costumbres aceptadas como principios sociales, ha de comprenderse que el problema vincula la cuestión de legalidad a una correspondiente cuestión de hecho. En esta vasta área vacía de contenido jurídico, emerge la moralidad.

El círculo de la moralidad, en la hipótesis, resulta menor que el

círculo de la legalidad. Está dentro del derecho y no fuera de él y ello se hace sentir en los diferentes grados de acción administrativa, sensibilizando el orden jurídico incluso en lo que tienen de común los actos de gestión o de gobierno.

Excusable, por lo tanto, por imprudente en un sistema de garantías, se recurre para justificar la discreción a una noción más amplia de legalidad. Pues, legalidad, es lo que ella es. Más una cuestión de derecho que una cuestión de hecho. Al paso que, la moralidad, cuando surge se impone más como una cuestión de hecho.

En la desviación de poder, por ejemplo, la Administración utiliza sus poderes para perseguir un fin distinto del fin legal. Como tal merece ser censurada en virtud de los principios de la buena administración? Sí, entiendo que la desviación de poder, puede provocar una ilegalidad, por lo tanto, una infracción que lleva a la no moralidad administrativa.

El terreno en estudio es demasiado movedizo para soluciones de prácticas objetivas. La discrecionalidad permitida, cuando se complementa por el abuso de poder pasa a ser arbitrio bien caracterizado. Y, así, cualquier análisis más profundo lleva al principio de la moralidad, sin cuya apreciación los controles jurisdiccionales fallan plenamente.

Déjase en claro que el fin del derecho administrativo moderno, positivo, es el de conferir a los derechos individuales una garantía suficiente, que no entre en conflicto con intereses que aparezcan opuestos. Para satisfacer esa compleja posición compete al Estado asegurar, por una parte los servicios a la comunidad y por la otra los derechos del administrado.

No hay duda que existen posiciones doctrinales que urgen ser revisadas. La tesis verdadera, coincidente con la armonía de los sistemas jurídicos, equilibradas en términos de realismo, fue necesariamente la francesa, en donde las reglas legales surgen de los principales generales de derecho.

Corregir ciertas distorsiones en el principio de la legalidad, es el trabajo del jurista, así como señalar las diferencias entre la discrecionalidad y el arbitrio, y en especial la misión del juez. No puede el Estado, en razón de directrices sólo políticas, sobreponerse al derecho en su relación administrativa.

Concretamente, en su terminología, la cuestión se presenta de la manera más simple: la violación de la ley en su aplicabilidad; por lo

tanto, de las condiciones en que es ejercido el poder administrativo, ditiñguéndose los límites, o las limitaciones, que puedan incidir sobre la norma administrativa, o mejor, sobre el acto admistrativo.

Dos puntos es preciso aquí recalcar: a) aquel que dice relación con la competencia y el vicio de forma, y que interesa a la legalidad extrínseca del acto; y b) aquel que apunta a la violación legal y a la desviación de poder, y que interesa a la legalidad intrínseca.

Entre lo que se inició con la orientación del pensamiento francés, está el exigir una mejor adecuación jurídica con la realidad de la Administración en el plano de sus variadas actividades. Es fácil, bastante fácil, para que se impida la corrección de cualquier acto, apelar a la competencia discrecional. No es exacto, sin embargo, que esa competencia no sea delimitada en su expresión de valor, esto es, en los efectos de manifestación exterior.

En cuanto al fin, como resultado último, ya no envuelve una simple presunción, sino la propia moralidad administrativa. Y eso, considerando que el acto ejecutado, en su fin, por lo tanto, no puede ser controlado por la Administración. Al contrario de lo que se pueda pensar, la reglas internas que regulan el ordenamiento administrativo son reglas de moralidad administrativa.

Recuérdese que para cumplir sus fines de manera más eficaz, se institucionalizó la Administración. Esa institucionalización apunta sobre todo a la existencia de un poder, el administrativo, cuya obligación obviamente es la de servir a la colectividad.

Se caracteriza, así, el poder administrativo por la adecuada disciplina de los medios técnicos y legales, por la tutela y especificidad de los recursos, y, por la jurisdicción administrativa. Donde esa jurisdicción no está plenamente manifestada, las cuestiones no son fáciles de dimensionar.

En materia de fines, por consiguiente, la Administración no es discrecional. La noción de moralidad administrativa alcanza en este punto una importancia que va más allá del principio de la legalidad, para extenderse, de plano, a la deontología vinculada a un control superior. Podría sostenerse que no se debe dar un sentido único a la noción de moralidad administrativa; ella puede ir variando conforme a las estructuras y en razón de la institucionalización, o conforme a la organización del estado y sus principios básicos de orientación política.

Asegurada la Administración, entretanto, como institución distin-

ta, la posición doctrinaria es otra. Son las reglas y los principios propios que le dan existencia orgánica, con autonomía. Generalizando, no obstante, o particularizando según el caso, valen las normas internas.

Desde que la ley no pueda dar a las cosas sino una indeterminada y vaga orientación, la tutela de la moralidad aparece como principio disciplinador fundamental en oposición a la libertad de acción administrativa.

Pero si la ley dice con claridad lo que pretende, esa tutela también es válida desde que se caracteriza la desviación o el exceso de poder, llevando la Administración a la responsabilidad.

Una cuestión sin embargo, asume una importancia trascendental: la de saber hasta dónde llega el examen de la moralidad administrativa, y eso teniendo en cuenta que nada tiene ella con la moralidad común.

La legalidad, por la rigidez con que es conceptuada, o por la rigidez de sus normas explícitas, no penetra, obviamente, en el campo psicológico de las intenciones del administrador. Pero la moralidad, o la moral, sí influye, considerando el hecho-fin en el dominio de la propia legalidad. De modo general, además, el perjuicio producido por el acto sólo puede ser apreciado en la oportunidad de su ejecución.

El acto lesivo (inminente de producir lesión, o ya perjuicio en la propia terminología legal, el derecho violado o amenazado de violación), según todos sabemos, conlleva un proceso litigioso no importando para la problemática las formas por las cuales funcionan o se dividen las jurisdicciones. En sus diferentes aspectos exteriores, el perjuicio o el acto tachado de lesivo y que produzca lesión, provoca efectos que conducen a las distintas situaciones, con respecto: a) al derecho vulnerado, objetivo o subjetivo; b) al perjuicio individual, particular y personal del administrado; c) a la violación conjunta de derechos e intereses; y d) a la legitimación o no de partes en cuanto a la naturaleza peculiar o singular de la vulneración del derecho.

La vigencia de las normas de derecho público o de derecho privado indicará, en cada caso concreto, a cuál categoría pertenece el derecho o el interés protegidos, en la oportunidad violentados o, según el caso, simplemente amenazados de inminente violación.

Ha de advertirse, con todo, para una mayor exactitud en el con-

cepto de lesión que es el orden jurídico (o todo aquello que él garantiza a los individuos, a los grupos, a las clases, a las colectividades) prima facie el que es alcanzado con el acto, en su esencia, de carácter administrativo.

Definida la infracción de disposiciones administrativas como fuerza legal, se abre de inmediato la providencia del recurso. En cuanto a la Administración hay que demostrar el derecho subjetivo afirmado en la ley; en lo tocante al administrado las dificultades son de prueba.

Examinar los móviles, los motivos de la Administración, por sí misma o por sus agentes, es una tarea compleja y difícil, casi prácticamente imposible. Investigar el pensamiento del administrador, un esfuerzo de convencimiento extremadamente complejo.

Para eso, sin duda, intervienen en la medida legal permisible el elemento de capacidad de prueba, procurándose indagar, en cada caso, en los recursos de procedimiento, la intención subjetiva de la Administración, o cuáles son los elementos intrínsecos que actuarán en la formación de la voluntad.

Más y mejor camino, para la revisión de ciertas ideas doctrinarias será la revisión de esas mismas ideas. Aún cuando la teoría de la moralidad administrativa ha encontrado adversarios, no ha conseguido sensibilizar sino algunas opiniones de indudable expresión científica.

Pero la historia del derecho administrativo, y de sus principios elementales básicos, ha sido ésta: una preocupación constante de materialización, de normativizar, de positividad, de sistematización; de ordenamientos jurídicos que sometan la Administración al orden jurídico.

En el dominio de la legalidad y la moralidad también las directrices se unen en una tendencia que mira a la regularización de normas imperativas, de tal modo que, en los conflictos contenciosos, pueda el administrado probar lo que realmente determinó la acción administrativa.

