
ÉTICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez*

Introducción

Acudo con frecuencia a una obra de mediados del siglo pasado, que lleva este largo y expresivo título: *Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos, escrito para divertimento de los que ya lo han sido y enseñanza de los que aún quieren serlo*. Su autor es Rico y Amat, y la 2.^a edición —que utilizó— de 1855¹. En él aparece la palabra moralidad, cuyo «verdadero sentido» es, según su autor, el siguiente:

«Señora extraviada en la corte cuyo paradero se ignora, por más que se ha ofrecido un hallazgo al que la presente.

Los que más aparentan buscarla le cierran la puerta cuando se presenta en sus casas y, aburrida de tanto desprecio, dicen que va peregrinando ahora por los pueblos pequeños, acompañada de su hermana la justicia, tan despreciada como ella. Probablemente tendrán que emigrar pronto de España, sino quieren morir de una sofocación».

Idea sobre la moralidad de los políticos que no era ni mucho menos aislada en la literatura de la época. Como ha puesto de relieve Amando de Miguel al describirnos la España de nuestros abuelos a través de la literatura regeneracionista, que veía en los partidos «gentes desacreditadas o anónimas, huma-

* Sesión de 20 de febrero de 1995.

¹ De Rico y Amat, 2.^a ed., Madrid, 1855, p. 266.

nidad reclutada en la antesala, en el bufete, cuando no en la alcoba nupcial o en el gurruminismo complaciente, un plantel de mediocres, un conjunto de arribistas, y en la política un «campo de ambiciones y de envidias» del que eran consecuencia «los negocios de mala fé, el agio en todas sus manifestaciones, el soborno, el chanchullo, las quiebras, las ruinas inesperadas». Ante lo que comenta DE MIGUEL, «asombra pensar lo acertadas que serían algunas de esas manifestaciones aplicadas a la España actual. Por lo menos atisban la conclusión de que hay una continuidad entre la España de nuestros abuelos y la de hoy»².

Creo, sin embargo, que la situación de hoy, en España y fuera de España, dista mucho de la de ayer. Pues estamos viviendo unos momentos «en que las sociedades occidentales se ven zarandeadas por una interna y externa crisis de valores morales» en que «toda una civilización, falta de vigor moral, amenaza con derrumbarse» y en que «incluso los que reclaman la vuelta a las raíces éticas, una gran parte se halla atrapada en las movedizas arenas de una ética subjetivista y relativista»³.

Asistimos a una quiebra general de los valores morales. En la vida política y en la privada. En el político y en el ciudadano. En el administrador y en el administrado.

No siempre ha sido así. Mientras en algunas épocas la inmoralidad de la clase política contrastaba con la rectitud del ciudadano medio, en otras era la conducta de los ciudadanos la que no estaba a la altura de la ejemplaridad de los gobernantes. Hoy, desgraciadamente, ni unos ni otros están en condiciones de elevar su voz pidiendo moralidad. Aunque unos y otros alardeen de unas virtudes, de las pocas que ha quedado reducida la ética necesaria para la convivencia más elemental. Y no es infrecuente que, a veces, en ciertos sectores —afortunadamente reducidos— o, si se quiere, de la masa, hasta se encuentre justificada la conducta corrupta de sus líderes: si antes se lucraban los otros, ¿por qué no van a poder enriquecerse «los nuestros» al llegar al Poder?

De aquí la urgencia e insistencia con que se demanda una nueva regeneración. Como la que se demanda por Juan Pablo II en la Encíclica «Veritatis Splendor» a la que —por su trascendencia— he de referirme a lo largo de estas

² Amando de Miguel, *La España de nuestros abuelos*, Espasa, Madrid, 1995, p. 236.

³ Rafael Termes, *El papel del cristianismo en las economías de mercado*, Universidad de Navarra, 1994, p. 1.

páginas más de una vez. En ella afirma el Papa «la necesidad de una radical renovación personal y social capaz de asegurar justicia, solidaridad, honestidad y transparencia» (parágrafo 98).

Renovación en el ámbito público y en el privado. Porque la degradación se da en uno y otro. Porque en uno y otro debe regir una misma ética. Porque el hombre público —y la mujer pública— no son —aunque a veces lo parezca— de naturaleza distinta a cualquier otro hombre o a cualquier otra mujer.

Aunque no es infrecuente creer lo contrario. Sobre todo entre los políticos. Quizás, una de las manifestaciones más expresivas de esta creencia, sea la reacción de los parlamentarios ante los suplicatorios, que, como señalaba Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, suele ser la denegación⁴. Para no ceñirnos a la España actual, voy a remontarme al debate parlamentario a que dieron lugar dos suplicatorios de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo para proceder contra José Antonio Primo de Rivera en causas seguidas por reunión ilegal y tenencia ilícita de armas, en las que la Comisión correspondiente del Congreso había propuesto en dictamen emitido el 27 de junio de 1934 la concesión del segundo, como así se acordó. Pues bien, a lo largo del debate, uno de los Diputados que intervino proclamó solemnemente la especial categoría de los políticos, con estas palabras, que he tomado directamente del Diario de Sesiones del Congreso: «Nosotros somos ciudadanos de una categoría distinta, con más deberes que el resto de los ciudadanos, pero también con más derechos que ellos, y no se ha de escandalizar la Nación por el hecho de que generosamente la Cámara exima de todas las responsabilidades de culpabilidad a un Diputado»⁵. Quien así hablaba era Indalecio Prieto⁶. No es de extrañar que años después Gregorio Peces-Barba haya defendido la existencia de una ética pública y de una ética privada, frente a lo que ha reaccionado Rafael Termes afirmando que no hay más que una ética, la vinculada a la idea del hombre, que se pone de manifiesto en la vida social, familiar, profesional y política del individuo⁷. Y es que, como proclama la Encíclica «Veritatis Splendor», «no hay ninguna diferencia entre ser el dueño del mundo o

⁴ En *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, p. 596.

⁵ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1934, Tomo VI, pág. 4.386 y ss.

⁶ Me remito a mi trabajo *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª ed., Ed. Civitas, 1989, pp. 104 y ss.

⁷ *¿Ética pública y ética privada?* Artículo publicado en ABC de 8 junio 1995, recordando que, como dice Millán-Puelles, la ética pública, que es la que rige el comportamiento del hombre, precisamente en cuanto ciudadano, no es otra que una concreción, en este campo, de las objetivas, permanentes y universales normas éticas.

el último de los 'miserables' de la tierra; ante las exigencias morales somos todos absolutamente iguales». Otra cosa es que se hable de *Ética pública*, no como algo distinto de la *Ética privada*, sino como proyección en el ámbito público de las normas éticas comunes, como hace Rodríguez Arana⁸.

La preocupación por la Ética pública es hoy general, como se ha puesto de manifiesto en el I Congreso Internacional de Ética pública celebrado en Washington en noviembre de 1994, por el elevado número de participantes — 80— de los más diversos países y por la actualidad de los temas que fueron tratados en las ponencias y comunicaciones presentadas. Y, quizás, sea más significativa la reacción en la Gran Bretaña, que ha dado lugar al llamado informe Nolan. Fue encargado por el Primer Ministro a un Comité presidido por el juez Lord Nolan y elevado al Parlamento el 16 de mayo de 1995 —y ya aprobado—, que intenta responder a la «gran ansiedad» despertada por el tema de la conducta política y administrativa. «Un grado de austeridad —dice— de respeto de las tradiciones de una severa conducta de la vida pública británica, es no solamente deseable, sino esencial». Informe que no se queda en las formulaciones generales, sino que intenta llevar los principios al ámbito parlamentario y al del Ejecutivo, estableciendo unos standares de conducta, que descienden a temas tan concretos como el «de la aceptación de regalos y hospitalidad»⁹.

Si en todas las facetas de la vida pública se hace necesaria la regeneración, adquiere especial relieve en la administrativa. Porque si, sin duda, es más trascendente la actividad —legislativa o no— de las Cámaras. Y no digamos la judicial —desgraciadamente cada día más politizada y controlada en los Tribunales con más relevancia en la lucha contra la corrupción política—. La Administración es la que, en su ininterrumpida y general actividad cerca del ciudadano, puede ejercer una mayor influencia.

Puede contribuir a la urgente tarea de renovación humana con su ejemplo y asumiendo el ejercicio de funciones cuya finalidad es precisamente la moralidad. Ética en la Administración y Ética como fin de la Administración.

⁸ Se ha ocupado especialmente del tema, en *Sobre la ética en la Administración pública*, «Actualidad administrativa», núm. 21/22, 28 mayo 1995, XXIX, y en *Sobre la enseñanza de la ética pública*, en Papeles de Trabajo del Instituto Universitario Ortega y Gasset. Serie Gobierno y Administración pública 0295.

⁹ Una extensa referencia del informe, en García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 1995, pp. 76 y ss.

Las Administraciones públicas no podrán realizar adecuadamente los fines que el Ordenamiento les asigna de espaldas a los valores éticos. Si de la ética en la Administración depende la bondad de la acción administrativa, cualquiera que sea su forma de manifestarse y materia sobre que recaiga, obviamente en mayor medida será exigible cuando el fin perseguido sea que la moralidad impere en las relaciones sociales. Mal podrá dirigir y ejercer una acción encaminada a la defensa de la moralidad quien carece de moral. Mal podrá exigir una conducta digna, quien es ejemplo de lo contrario y hasta alardea de ello.

La moral, moralidad o buena conducta ofrece en sus relaciones con la Administración pública dos aspectos:

- La ética como exigencia de todos y cada uno de los servidores públicos, cualquiera que fuese la actividad administrativa que realicen.
- Y la ética como fin de la acción administrativa.

A este último aspecto dediqué mi comunicación del pasado curso, publicada en los Anales de la Academia (n.º 72) y en «Cuadernos Civitas». Hoy voy a referirme al primero.

Al abordar el tema de la Ética en la Administración pública, pueden distinguirse los tres capítulos siguientes:

1. Por lo pronto, la determinación de los deberes exigidos a los servidores públicos. Ante el nivel de degradación a que se ha llegado, se impone recordarlos, como hace el Informe Nolan «sobre los estándares de conducta en la vida pública», a que me he referido, en el que, a su vez, se propone que se formulen Códigos de conducta.
2. Las medidas preventivas que garanticen el cumplimiento de aquellos deberes, medidas que se concretan, entre otras, en un sistema de controles internos y externos.
3. Y, por último, la reacción ante las infracciones que, pese a todas las prevenciones, se cometan.

EXIGENCIAS DE LA ÉTICA EN LA ADMINISTRACIÓN

1. La ética en la Administración pública.

Es tal el nivel de degradación de los valores éticos en las Administraciones públicas, que parece que la cuestión se centra en la corrupción. Cuando ésta constituye tan sólo uno, aunque sea el más grave, de los atentados a la Ética en que puede incurrir un servidor público. Pero existen otros muchos que, ante la generalidad de aquélla, han quedado relegados al olvido o considerados leves pecados veniales, o hasta prácticas administrativas que no vale la pena desterrar.

Si se quiere, de verdad, regenerar la vida pública, si se quiere afrontar con seriedad la tarea de hacer una Administración pública que, no sólo no suscite la desconfianza y recelo de los administrados, sino que pueda servir de ejemplo a las actividades privadas, es necesario no limitarnos a sancionar el nauseabundo mundo de la corrupción, y recordar otros elementalísimos deberes. Soy consciente de la imposibilidad de la tarea, sin una radical renovación de la sociedad. La experiencia ha demostrado el fracaso de cuantas reformas administrativas se han proyectado¹⁰. Pero vale la pena intentarlo, al menos para el restablecimiento de ciertas medidas de las que la Administración se ha ido desprendiendo como molestas y la instauración de otras que ya están en otros Ordenamientos jurídicos, que pueden contribuir a remediar, aunque sea mínimamente, los males que nos aquejan.

Estas medidas no pueden limitarse a la prevención o reacción frente a la corrupción, que, como he indicado, es tan solo uno de los atentados —por supuesto, el más grave— a la ética. Sino que han de extenderse a garantizar la vigencia y realización de todos los valores éticos en el ámbito de la Administración pública.

En la Encíclica «Veritatis Splendor» se nos recuerda (parágrafo 101) que «en el ámbito político se debe constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la Administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; ... el uso justo y honesto del

¹⁰ Me remito a *La reforma administrativa en la esfera local*, en *Problemas políticos de la vida local*, I, Instituto de Estudios Políticos, 1961.

dinero público; el rechazo de medios equívocos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar a cualquier costa el poder, son principios que tienen su base fundamental —así como su urgencia particular— en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas del funcionamiento de los Estados».

En definitiva, es la dignidad humana la que marcará las pautas de conducta. Dignidad en el administrador y en el administrado, en el que realiza las funciones administrativas y en su destinatario. Pues, como he dicho en otra ocasión, la dignidad humana sólo se salvará si el hombre, «consciente de su filiación divina y de la filiación divina de los demás hombres, ve en cada uno de ellos otro yo, cualquiera que fuese el tipo de relación y el ámbito en que se desenvuelva, y muy especialmente en las relaciones de Poder»¹¹.

Más en la situación actual, ante el clima de permisividad y tolerancia, se ha estimado, no solo conveniente, sino necesario, como se ha indicado, la formulación de Códigos de conducta, que vendrán a completar las normas de los Ordenamientos que, ante la trascendencia de ciertos deberes, han llegado a dárseles carácter jurídico y a sancionarse sus infracciones administrativa y hasta penalmente, tipificándose las faltas en cumplimiento del principio de legalidad.

En los apartados siguientes se hace referencia a algunas de las manifestaciones concretas de estas exigencias de la ética en la acción administrativa, en relación con los sujetos, el objeto y la actividad en sí misma considerada.

2. Sujetos

No es del todo exacto que la Etica pública se circunscriba a la conducta de los agentes públicos de acuerdo con la recta razón y con los intereses públicos, como afirma Rodríguez Arana¹², ya que, como señala Millán-Puelles, se refiere al comportamiento del hombre en cuanto ciudadano en el ámbito público. Pero es indudable que sus destinatarios principales son los titulares de los órganos que realizan las funciones administrativas, a los que se imponen deberes en cuanto persona, en sus relaciones con los demás titulares de los órganos públicos y con los ciudadanos.

¹¹ González Pérez, *La dignidad de la persona*, Ed. Civitas, 1986, p. 202.

¹² *Sobre la ética de la Administración pública*, cit.

a) *Deberes personales*

La ejemplaridad y honradez son virtudes que deben presidir la actuación de los servidores públicos. Constituye un deber que ha obtenido la sanción legislativa. «Observar una conducta de máximo decoro» figura en la enumeración de deberes que establece el artículo 80 de la Ley de funcionarios civiles (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 febrero), que no ha sido derogado. Pero sí ha desaparecido de la lista de faltas graves «la falta de probidad moral». Figuraba en primer lugar en la enumeración contenida en el artículo 98 de la Ley de funcionarios; pero no aparece ya en la que se contiene en el artículo 31 de la Ley de medidas para reforma de la función pública (Ley 30/1984, de 2 agosto). Lo que puede interpretarse en el sentido de que el «máximo decoro» ha querido limitarse a la dimensión del funcionario como trabajador público¹³, abstracción hecha de la conducta que pueda observar en la vida privada.

b) *En relación con los demás servidores públicos*

Los deberes de los funcionarios respecto de superiores e inferiores han sido sancionados legalmente en el artículo 79 del texto articulado de 1964: respecto de los superiores, «acatar sus ordenes con exacta disciplina», respecto de los inferiores, tratarlos con esmerada corrección y facilitarles el cumplimiento de su obligación.

Pero no se agotan ahí los deberes éticos. La noción de servicio público como entrega generosa al conjunto de la sociedad, a cuyos intereses generales deben servir con objetividad¹⁴, les obliga a una colaboración con superiores, inferiores y otros funcionarios de igual rango presidida por las ideas de lealtad y sinceridad, a fin de lograr una mejor prestación de los servicios. Lo que supone superar el recelo, desconfianza y espíritu de emulación mal entendido, que se traduce la más de las veces, no ya en una resistencia a una colaboración efectiva, sino en abierta obstaculización del trabajo de los demás.

¹³ Y no a experiencia vital en sentido amplio, como considera debe exigirse Rodríguez Arana, *Sobre la enseñanza*, cit., p. 23.

¹⁴ Cfr. resumen del Documento de trabajo *La transmisión de los componentes éticos del servicio público a los funcionarios de nuevo ingreso*, INAP-EHP, en Rodríguez Arana, *Sobre la enseñanza de la Ética pública*, pp. 12 y ss.

c) *En relación con los administrados*

Hace ya batantes años, en 1963, hice una angustiosa llamada en favor de quien constituye el centro del sistema: el ciudadano, el administrado¹⁵. Por solemne que sea el reconocimiento en las leyes fundamentales de la persona y su dignidad como base y fundamento del Ordenamiento, es incuestionable el menosprecio, la desconsideración y trato desigual de que es objeto diariamente por los servidores públicos. Porque no todos los administrados son iguales. Sobre el tema insistí más tarde en un trabajo que publiqué en Méjico en 1971, titulado *Administración pública y libertad*¹⁶. De él son estos párrafos:

La desigualdad es la norma. Desde el momento mismo en que el administrado se pone en contacto con la Administración Pública y se encuentra con la ventanilla. Sorprende el escaso interés de la doctrina por esta institución, que constituye el primer obstáculo a franquear —y no el menor— para tomar contacto con la Administración Pública y obtener una decisión.

Se utiliza el término, por tanto, en el más amplio sentido de toda barrera material que separa al funcionario del administrado en un despacho abierto al público¹⁷. Desde aquella tradicional ventanilla por la que asomaba la cabeza aquel inefable personaje de Mihura llamado el señor Hernández¹⁸, hasta las más recientes barreras de vidrio de la oficinas de información por la que asoman las piernas de alguna funcionaria.

No se trata de un fenómeno típicamente español. Como he dicho en más de una ocasión, y no me canso de repetir, los defectos que normalmente atribuimos a nuestra Administración, pueden referirse a cualquier otra, pues son sustanciales de éso que se llama Administración pública.

Esto explica que, no con la agudeza de nuestro Mihura, pero desde otra perspectiva —del fenómeno de la ventanilla—, haya dicho cosas análogas Henri Deroche, en su libro magnífico sobre los mitos administrativos¹⁹:

¹⁵ *El administrado*, El Consultor de los Ayuntamientos, 1966.

¹⁶ Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 46 y ss.

¹⁷ Deroche, *Les Mythes administratifs*, Paris, 1966.

¹⁸ El pasaje de la obra de Mihura, *Sublime decisión*, ha sido recobido por Díaz-Plaja, en *El español y los siete pecados capitales*, 3ª ed., Madrid, 1968, pp. 262-263.

¹⁹ Ob. cit., pp. 109-114.

«El funcionario —dice— está protegido por una barrera que no puede ser franqueada sin escándalo. Esta barrera de madera o de metal tiene, por otra parte, el carácter de tabú, puesto que detiene las reclamaciones intempestivas. Los aguafiestas que protestan abiertamente son raros y parecen tener siempre mala conciencia a los ojos de los que esperan pacientemente su turno... La reclamación violenta es, por otra parte, una maniobra peligrosa, un sacrilegio en relación al rito, del que las consecuencias más inmediatas son: la inacción sistemática del que está detrás de la ventanilla y la oposición general de todo el servicio, cubriendo y protegiendo a uno de los suyos como si el mismo hubiera sido puesto en peligro en su principio y su totalidad. —Y concluye—: No hay diálogo, sino actitud de subordinación para la obtención de un servicio, generalmente pagado. Las relaciones con la Administración se presentan a este nivel —dice Deroche— como dialéctica del señor y del esclavo».

Pero existen frecuentemente, al lado de las ventanillas, otras puertas, otros accesos a los despachos de los superiores, en las que pueden observarse en grandes letras la siguiente advertencia: «Prohibida la entrada al público». El «público», naturalmente, es ese administrado simple que no tiene otro cauce para llegar al poder que el estrecho y angosto de la ventanilla²⁰.

Estas otras puertas, estos otros accesos más cómodos no son para él. Son para otro «público»; son para otros «administrados», que desde el momento mismo de ponerse en contacto con la Administración Pública, obtienen un trato distinto. No tienen necesidad de cola ni turno, ni siquiera de adoptar una actitud suplicante. Las puertas les están abiertas, y si alguien adopta una posición de subordinación, no es precisamente el administrado.

Y aun hay otra forma superior de toma de contacto. Existe toda una categoría de administrados para los que ni siquiera es necesario descender a la oficina pública. Basta una simple llamada telefónica, para que sea el propio funcionario competente el que acuda al despacho del administrado. Quien está detrás de la barrera no es ahora el funcionario. El teléfono cumple aquí un papel relevante. A él se ha referido Simenon, en una de sus novelas, al hablar de las personas que han llegado a «esa situación... en que un telefonazo sustituye a días o semanas de gestiones. No forman parte del público —dice—. Están al otro lado del decorado; saben lo que los otros ignoran, lo que se les oculta porque sería peligroso que estuviesen al corriente»²¹.

²⁰ El hecho se refleja perfectamente en el libro de G. Mignot y PH. D'orsay, *La machine administrative*, cit., en un capítulo que lleva al expresivo título de «De la ventanilla a la antesala del Ministro».

²¹ *Las campanas de Bicêtre*, Barcelona, 1962, p. 113.

Es un hecho cierto, incuestionable, que desde la puesta en marcha del mecanismo administrativo, hasta la decisión final y la ejecución y eficacia de la decisión, pasando por las distintas fases, hay dos categorías de administrados. Existen en esta sociedad de consumo, y existirán en cualquier otro tipo de sociedad. Variarán los criterios de selección para llegar a figurar en la categoría de los privilegiados. Variarán los nombres con que se les designa —nomenclatura, oligarquía, clase política, poderes fácticos—. Variarán los motivos para obtener un trato de favor. Pero las diferencias se darán siempre. En la sociedad de hoy — y repito una vez más que no me estoy refiriendo a un fenómeno típico español, sino a la sociedad de consumo— y la del futuro».

En la reglamentación de la función pública, se consagra solemnemente el deber de los funcionarios a «tratar con esmerada corrección al público» (así, art. 79 de la Ley de funcionarios civiles del Estado), sancionándose como falta grave «la grave falta de consideración con los administrados», (art. 7.1,o), Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Decreto 33/1986, de 10 de enero), que se califica de muy grave cuando «suponga discriminación por razones de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 6,b) del mismo Reglamento). En parecidos términos, el anterior Reglamento sobre régimen disciplinario aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969, en cuyo artículo 7º,f) consideraba falta grave «la falta de consideración con los administrados en sus relaciones con el servicio encomendado al funcionario». La aparición de esta normativa fué presentada, como tantas otras posteriores muy recientes, como el final de una era en las relaciones con los ciudadanos y el comienzo de otra inspirada en el espíritu de confianza, comprensión y colaboración. Y es que, en este aspecto, los detentadores del Poder no cambian. Mi comentario sobre esta norma fue el siguiente: «Hasta algún sector de la prensa diaria ha destacado este precepto, olvidando ingenuamente que ésta, como toda esa serie de normas sobre responsabilidades de autoridades y funcionarios, no son normas que se promulgan para ser aplicadas. Pues —digámoslo una vez más— el problema de nuestra situación administrativa y política no es un problema de normas. Es un problema de educación cívica. O, mejor dicho, de educación a secas»²².

Ante lo olvidado de estos elementales deberes no es extraño que en los programas de regeneración ética de la Administración, de todas las Administraciones y de todos los países, se insista en la necesidad de que el fun-

²² González Pérez, *Las notificaciones del mes de agosto*, RAP, núm. 61, p. 123.

cionario elija la técnica que redunde en las mejores condiciones para los ciudadanos, «porque, en definitiva, son los auténticos dueños de todo el aparato público»²³.

3. Objeto

a) *El servicio de los intereses generales*

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. «La Administración pública —dice el artículo 103.1, de la Constitución— sirve con objetividad los intereses generales». Lo que constituye un mandato para todos y cada uno de los que realizan una actividad administrativa. Consiguientemente, los programas de Ética pública, se elaboran sobre la idea de servicio, tratando de imbuir la idea de que el funcionario está el servicio de la colectividad²⁴. Y los «conflictos —y las medidas para prevenirlos y darles una solución adecuada— constituyen uno de los temas centrales de los congresos sobre Ética pública»²⁵.

La corrupción consiste, precisamente, en la utilización de potestades públicas para intereses particulares²⁶, cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de un tercero o del partido político; sea por razón de amistad o por dinero o por otras prestaciones. Como nos muestra la realidad española las modalidades son infinitas. Y, desgraciadamente, su impunidad, aunque algunas conductas pudieran encajar en los delitos de cohecho, malversación o prevaricación, y a pesar de que, a estos tipos de delitos clásicos, se añadan otros nuevos como puede ser el tráfico de influencias.

El fenómeno de la corrupción consiste, por lo general, en que una persona paga —empresario— y otra cobra —el servidor público—, una persona que realiza unas prestaciones y otra que las recibe. Pero que ésta a su vez, en su

²³ Rodríguez-Arana, *Sobre la ética*, cit.

²⁴ Rodríguez-Arana, *Sobre la enseñanza de la Ética pública*, cit. p.

²⁵ Así, en el *I Congreso internacional de Ética pública*, celebrado en Washington, en noviembre 1994, Cfr. *Reflexiones*, sobre el mismo de García-Mexía, en RAP, núm. 136, pp. 501 y ss.

²⁶ Así, Sabán Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, Ed. Civitas, 1991, p. 16, que añade «cuando ésta difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato del precepto constitucional».

actividad pública se olvida de los intereses públicos —o manifiestamente los infringe— en beneficio de los intereses de aquélla. Bien decidiendo expedientes a favor, facilitando datos, permitiendo actividades ilícitas... Lo que va desde la tolerancia ante infracciones menores de tráfico —el espectáculo de los aparcamientos indebidos ante las fachadas de determinadas entidades no puede ser más expresivo— hasta las grandes operaciones financieras.

Vale la pena destacar que en la reglamentación de los funcionarios aparece tipificada como falta muy grave «la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, así declarados por Ley o clasificados como tales» (art. 31.1.e), Ley de reforma para la función pública; art. 6º,e), Reglamento de régimen disciplinario), y solo como falta grave «no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración, o se utilicen en provecho propio» (art. 7,1,j) Reglamento de régimen disciplinario). Lo que se explica teniendo en cuenta que las potestades para decidir en contravención de los intereses públicos radican en niveles más altos que los de los funcionarios. Este podrá influir, salvo en decisiones no importantes, a través de informes. Y se sanciona, como falta grave, «la emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales *cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyen falta muy grave*»; y son faltas muy graves «la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos». Pero no solo se sancionan administrativamente estos hechos, sino que también se tipifican como delitos, con penas que se gradúan en razón a que se haya obtenido o no el beneficio perseguido y a que se haya causado o no perjuicio a la Administración (art. 442, Cp).

Si el fenómeno de la corrupción no es de hoy, si lo es que se haya convertido en norma y se acepte como una situación de hecho general. Y en modo alguno resulta admisible que los grandes empresarios —sobre todo los dedicados a la ejecución de obras y prestaciones de servicios— traten de justificar su contribución a tal estado de cosas, aduciendo que es la única manera de realizar trabajos a los importantes —y en ciertos sectores únicos— clientes que son las Administraciones públicas.

No resulta admisible, en primer lugar, porque su conducta durante muchos años ha tenido una influencia decisiva en la creación de un ambiente de permisividad en que todo es lícito, intoxicando las conciencias de los servidores públicos. Pues no son de hoy los regalos generalizados en fechas más o menos significativas a los servidores públicos con potestades en el sector en que se mueve la empresa; ni las invitaciones, que empiezan por los almuerzos de trabajo y acaban en vacaciones y cruceros; ni las aportaciones a congresos, reuniones o

celebraciones; ni las prestaciones gratuitas de servicios no requeridos, pero que el «ejecutivo agresivo» adivina necesita el servidor público, a lo que seguirá la insinuación y acabará con la petición franca y descarada. Ha existido una escalada de unas prácticas que, consciente o inconscientemente, lo han sido de degradación ética de las personas al servicio de la Administración. Muy pocas de las grandes empresas están en condiciones de arrojar la primera piedra.

Y cuando se ha llegado a la corrupción descarada y generalizada al más alto nivel, ello es posible al aceptarse como irremediable lo que siempre tiene remedio. Aunque éste puede costar caro, ya que siempre se encontraría alguno dispuesto a la práctica viciosa.

b) El trabajo bien hecho

Pero la Ética en la Administración pública, no se agota en la fidelidad a los intereses generales. La «Veritatis Splendor» nos recuerda que «no basta realizar obras buenas, sino que es preciso hacerlas bien» (78, último párrafo). El trabajo bien hecho. Es éste otro de los deberes del hombre, cualquiera que sea el ámbito en que realiza su actividad y, por tanto, el de la Administración pública.

El Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado tipificará como falta leve «el descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones» (art. 8,d), como grave cuando la falta de rendimiento afecte al normal funcionamiento de los servicios» (art. 7.1.i) y muy grave cuando sea «notoria» y «comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendada» (art. 6º,f). Pero la ética exige algo más. Exige una entrega al servicio, un afán de perfeccionamiento en las técnicas, un esfuerzo en intentar la perfección.

c) Utilización de los bienes adscritos al servicio

Respecto de los bienes adscritos al servicio, se impone:

a') Tratarlos con igual cuidado que si fueran propios. Únicamente se tipifica como falta grave «causar daños graves» (art. 7º,1,f), Reglamento de régimen disciplinario).

b') Usarlos con moderación. No es de extrañar que el despilfarro sea práctica común en la Administración pública, cuando sus servidores han olvidado esta virtud en su vida privada.

c') No utilizarlos para fines propios. Se considera lo más natural desde el uso del teléfono de la oficina para fines privados —es impresionante el coste del teléfono para usos particulares— hasta los medios de transporte para viajes que nada tienen que ver con el servicio al que están destinados o el de los Palacios y Residencias públicas para solaz y descanso de la clase política.

4. Actividad

El intento de clasificación de las exigencias de la Ética en el ámbito de la Administración Pública, puede terminar con un apartado dedicado a la actividad. La satisfacción de los intereses generales y la perfección en el trabajo, se concretará en unas exigencias respecto de la actividad en sí misma considerada.

a) Lugar

La ejemplaridad que debe presidir la actuación del funcionario podría traducirse en la exigencia de evitar lugares de reputación dudosa, ya que la presencia en ellos podría dañar la imagen de la Administración.

Reducido el deber de ejemplaridad al ámbito estricto de la función pública, debe procurarse que en el lugar en que se prestan los servicios no exista nada que pueda dañar aquella imagen, que sea reflejo de austeridad y trabajo eficiente, no de lujo faraónico o comodidad excesiva y, sobre todo, en cuanto sean utilizados por los ciudadanos para cumplir sus deberes —v.gr. presentación de declaración, pago de impuestos— o para ejercitar sus derechos —v.gr. presentar instancias, trámite de audiencia y vista— ofrezca unas mínimas condiciones, adecuadas para cumplir la función asignada.

b) Tiempo

Debe prestarse al servicio el tiempo requerido para su adecuada realización. El incumplimiento del horario y la «falta de asistencia injustificada en un día» se tipifican como faltas leves (art. 8,a) y b), del Reglamento de régimen disciplinario). Tres faltas injustificadas en un período de tres meses, constituye falta grave (art. 7.1,m). Y solo llega a tipificarse como falta muy grave el abandono del servicio, limitado por la jurisprudencia a los supuestos de clara intencionalidad al servicio de forma clara, total y expresa».

Deben atenderse los asuntos con la debida diligencia, evitando demoras y atrasos injustificados. Es indudable que la insuficiencia de medios personales y de materiales adecuados, constituyen las causas principales de la lentitud de la acción administrativa. Pero también lo son la desidia, la pereza y los malos hábitos de quienes la llevan a cabo, dedicando parte del tiempo de oficina a trabajos particulares.

Y en circunstancias especiales, el servicio puede exigir una dedicación que rebase el horario normal.

Desde otra perspectiva —la consideración debida a los administrados— el tiempo constituye una circunstancia importante a tener en cuenta a la hora de adoptar determinadas decisiones, como son las que imponen actuaciones —v.gr. comparecencia e información, pago de cantidades...—, abren periodo de colaboración —v.gr. informaciones públicas— o plazos para trámites de defensa —como el de audiencia y vista—, o en general, pueden dar lugar a la interposición de recursos. Al tema me he referido en el trabajo antes citado que titulé *Las notificaciones del mes de agosto*, publicado en el número 61 de la RAP, en los siguientes términos: El hecho de que esta viciosa práctica sea irreprochable legalmente no quiere decir que sea defendible. Pues existe algo mucho más importante que la legalidad. La consideración debida al administrado.

El administrado es, ante todo y sobre todo, un hombre que vive en la misma comunidad que el político y el funcionario, que merece toda clase de consideraciones.

No cabe desentenderse de sus costumbres, de sus hábitos, de su modo de vivir. La Administración pública debe contar con ello. Debe contar con ello en todos los aspectos: a la hora de requerirle para que se persone en una oficina pública para los asuntos más diversos, procurando elegir el momento menos gravoso, y a la de notificar actos y resoluciones.

De aquí que en modo alguno pueda admitirse esta práctica de las notificaciones de agosto. El hecho en sí no tiene mayor importancia. Pero sí la tiene —y tremenda— como manifestación de un fenómeno mucho más importante; el profundo desprecio por el administrativo que caracteriza a la Administración pública de todos los países. El administrado, ese ser que está al otro lado de la ventanilla, está ahí para sufrir y soportar los caprichos de los que en cada momento encarnan las prerrogativas de la Administración.

c) *Forma*

El cuidado de las formas es esencial. Tan importante es que la mujer del Cesar sea decente como que lo parezca. En la vida personal, en el trato con los ciudadanos y con los demás servidores públicos, en la utilización de los bienes de la Administración y en las actuaciones públicas en general, la sobriedad, transparencia, magnanimidad y generosidad serán sus modelos éticos.

MEDIDAS ENCAMINADAS A GARANTIZAR UN COMPORTAMIENTO ÉTICO

1. El Derecho administrativo, garantía del comportamiento ético

El Derecho administrativo trata de garantizar el servicio a los intereses generales, sujetando la actividad administrativa a una serie de formalidades y controles.

Partiendo de la desconfianza hacia los servidores públicos, grava su actuación con formalismos que tratan de impedir cualquier desviación de los fines encomendados.

La asunción por la Administración de actividades inimaginables en los orígenes del Derecho administrativo y la celeridad y eficacia con que debían prestarse, dió lugar a lo que se ha llamado huida del Derecho administrativo, que ha alcanzado tan altos niveles que se ha dicho que más parece una desbandada. Ciertamente, el rigor formalista del Derecho administrativo, con sus excesivos controles no parece muy compatible con las necesidades de las modernas Administraciones públicas. Y, por las vías más diversas, se ha buscado refugio en el Derecho privado para poder actuar más libremente y, por ende, con mayor eficacia. Y, quizás, para huir del Derecho. Lo refleja así este expresivo título de un trabajo sobre el tema: *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*²⁷.

²⁷ De Sala Arquer, publicado en Reda, núm. 75, pp. 399 y ss. Entre la bibliografía reciente sobre el tema, cfr., Laguna de Paz, *La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo*, RAP, núm. 136, pp. 201 y ss.

Comprobadas las facilidades que el sistema prestaba para mejor satisfacer los intereses propios o del partido, para colocar a los adictos en los cargos públicos, para adjudicar la ejecución de obras y servicios al que mejor se portaba, para proceder, en fin, a utilizar a su capricho el aparato administrativo, no solo se ha huido del Derecho administrativo, sino que, dentro de éste, se han atenuado de tal forma las formalidades y controles, que quedan amplios márgenes para que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad.

La presión pública da lugar, a veces, a la adopción de medidas que, aparentemente, tratan de reforzar las garantías. Pero la realidad pone de manifiesto, con su resistencia a cualquier modificación, su ineficacia.

En España, ante la gravedad de la situación, los políticos se vieron obligados a hacer algo. Y no les ocurrió nada mejor que crear una Fiscalía especial contra la corrupción y elaborar dos leyes: una, la Ley 11/1995, de 11 de mayo reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados; otra, la Ley 12/1995 de igual fecha sobre incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración del Estado. Publicadas ambas en el BOE de 12 de mayo de 1995, la realidad se encargará de demostrar si seguirán el destino de tantas otras análogas, promulgadas con los mismos propósitos.

A continuación me refiero a algunos de los aspectos más significativos de estas garantías, comenzando por hacer alguna precisión sobre el ámbito subjetivo de aplicación.

La Ley 12/1995 ha regulado con cierto detalle —siguiendo orientaciones de otros Ordenamientos— las incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos. A los efectos de la Ley, tiene esta consideración todos los cargos que se cubren por libre designación del Consejo de Ministros, incluso los de las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración general del Estado, así como «los Presidentes de las sociedades mercantiles en que el capital sea mayoritariamente de participación estatal» aunque fuesen designados «por sus propios órganos de gobierno» (art. 1º, 2.f). Supuesto éste último que ha planteado la duda acerca de si comprende únicamente las sociedades mercantiles en cuyo capital participe directamente de forma mayoritaria el Estado —como se desprende del texto literal de la norma— o, por el contrario, comprende las sociedades estatales a que se refiere el artículo 6º, 1,a) de la Ley General Presupuestaria, es decir, «las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o *indirecta*, de la Administración del Estado o de *de sus organismos autónomos y demás entidades de Derecho público*».

Esta última interpretación parece la más congruente con la finalidad de la ley, promulgada para garantizar la transparencia de la gestión pública. Y así ha acabado por interpretarse por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y por la Inspección General de Servicios.

2. Obligaciones de los servidores públicos

El Derecho trata de evitar en lo posible el ejercicio de potestades para fines distintos a aquellos en que se concreta el interés público, estructurando una serie de medidas respecto de las personas que acceden a un órgano público, tanto en el momento de la adscripción, como durante su desempeño y a su separación.

a) Al acceder al cargo público

a') Circunstancias personales.

En el Ordenamiento español no se exige ninguna condición especial para el ejercicio de un alto cargo, ni para ser funcionario público. Por supuesto, no podrán acceder al cargo público los que se hallen inhabilitados por sentencia firme durante el tiempo de la condena (arts. 35 y 36, CP), ni a la función pública, además, los que hubieren sido separados previo procedimiento disciplinario (art. 30.1,e), LFC). Pero no existe exigencia alguna en orden a acreditar la honorabilidad en general ni en particular respecto de a la actividad que se ha de desempeñar.

Ni, a diferencia de lo que ocurre en otros países, existe una repulsa al desempeño de los altos cargos por quien no ha respetado los valores éticos de la sociedad y ha observado una conducta irregular, no ya en actividades más o menos relacionadas con la actividad pública (v.gr. cumplimiento de deberes tributarios, los derivados de las relaciones laborales con las personas a su servicio), sino incluso en la esfera más íntima, social o familiar.

Lo que no ha sido siempre así. No hace mucho recordaba como en los años 50 ó 60, se jubiló un prestigioso Magistrado de la Audiencia Territorial de Madrid sin haber llegado al Tribunal Supremo, por tener unas relaciones de las que hoy reciben calificaciones deliciosas: según la Ley procesal militar de 13 de abril de 1989 (art. 53.2), «relaciones estables de convivencia afectiva»; se-

gún la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, una convivencia en análoga relación de afectividad a la de cónyugue, con independencia de su orientación sexual (art. 16.b). Por supuesto, la relación de aquel probo Magistrado era con persona de distinto sexo²⁸.

b') Declaraciones de actividad y de bienes.

La declaración de intereses financieros se ha considerado uno de los mecanismos más eficaces para salvaguardar la ética en las actividades públicas²⁹.

La LAC ha establecido la obligación de los altos cargos de hacer, dentro de los tres meses siguientes a la toma de posesión, una declaración de actividad (art. 5), y otra declaración de bienes y derechos (art. 6).

La primera comprenderá «las actividades que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento». Como la Ley, según veremos a continuación, consagra el principio de dedicación absoluta al cargo, salvo excepciones, es obvio que previamente a la toma de posesión deberá haber cesado en todas las actividades incompatibles. Por lo que la declaración tendrá como finalidad:

— Respecto de aquellas en que hubiesen cesado, el control en su caso de posibles desviaciones en su actuación a favor de las personas relacionadas con ellas.

— Respecto de las que, por ser compatibles, se sigue ejerciendo, el control de la compatibilidad, así como de las desviaciones.

El órgano competente para recibir y dejar constancia de las declaraciones —garantizando la inalterabilidad y permanencia de los datos— es el Registro de Actividades de Altos Cargos, que tendrá carácter público, rigiéndose por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, en el artículo 37, LRJPA y disposiciones complementarias (art. 8º.2, LAC).

c') Declaración de bienes y derechos.

La persona que accede a un alto cargo deberá hacer también una declaración patrimonial comprensiva de la totalidad de sus bienes, derechos y obligaciones, y voluntariamente podrá hacerla su cónyugue (art. 6º).

²⁸ Me remito a mi trabajo *Administración pública y moral*, Ed. Civitas, 1995, p. 34.

²⁹ García-Mexía, *Reflexiones al hilo del I Congreso internacional*, cit. p. 507

El Registro de Bienes y Derechos patrimoniales, a diferencia del Registro de Actividades, tiene carácter reservado y solo podrá accederse a él en la forma prevista en el artículo 8º, LAC, que le limita en los términos siguientes:

- «1. Los Registros establecidos en esta Ley se instalarán en un sistema de gestión documental que garantice la inalterabilidad y permanencia de sus datos, así como, la alta seguridad en el acceso y uso de los mismos.
2. El Registro de Actividades de Altos Cargos tendrá carácter público, rigiéndose por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal; en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en esta Ley, y en las correspondientes normas de desarrollo de las leyes citadas.
3. El Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de Altos Cargos tiene carácter reservado y sólo podrá accederse al mismo en la forma establecida en este artículo. El acceso a las declaraciones formuladas al mismo, según lo previsto en el artículo 6.1, se realizará previa presentación de solicitud en la que se especifique el alto cargo de cuyos datos se quiera tener constancia.

Pueden acceder al Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales de los Altos Cargos:

- a) Las Cortes Generales, de acuerdo con lo que establezcan los Reglamentos de las Cámaras.
- b) Los órganos judiciales para la instrucción o resolución de procesos que requieran el conocimiento de los datos que obran en el Registro, de conformidad con lo dispuesto en las leyes procesales.
- c) El Ministerio Fiscal, cuando realice actuaciones de investigación en el ejercicio de sus funciones que reunieran el conocimiento de los datos que obran en el Registro.
- d) El defensor del Pueblo en los términos de su Ley Orgánica.

4. El personal que preste servicios en los registros tiene el deber permanente de mantener en secreto los datos e informaciones que conozca por razón de su trabajo».

Se trata de conciliar la finalidad perseguida por la LAC y el derecho a la intimidad, tema que se ha planteado en los distintos países que han introducido en sus Ordenamiento sistemas análogos. Las dudas en ellos planteadas se han producido también entre nosotros. «¿No sería un bien jurídico de tanta importancia como el de la integridad de las instituciones públicas motivo suficiente para limitar en esta escasa —aunque trascendente— medida el derecho a la in-

timidad que, pese a ello, no vería alterado su contenido esencial?»³⁰. Aunque el derecho a la intimidad tiene en el marco constitucional un rango preferente, no puede prescindirse de las circunstancias del sujeto en orden a la delimitación de su ámbito y, muy especialmente, de si es o no público³¹.

El que se lanza a la vida pública debe ser consciente de que, al mismo tiempo que recibe prerrogativas y honores, viene sujeto a deberes y limitaciones que no afectan a los demás ciudadanos. Si entre estos deberes están las declaraciones de bienes (al acceder y cesar en un cargo público) y, para que estas cumplan la finalidad de garantizar la transparencia en su actuación y, por ende, la ética pública, es necesario la publicidad, no existe razón que justifique la limitación del derecho al acceso a los archivos y registros administrativos que reconoce el artículo 105 de la Constitución, para conocer cual era el patrimonio del político al ocupar y al cesar en cargo público.

b) Durante el ejercicio de la actividad

Durante el desempeño del cargo público, el titular del órgano está sujeto a importantes limitaciones. Le está vedado la actuación, bien con carácter general o respecto de un asunto concreto.

a') Incompatibilidades.

Las actividades prohibidas varían según se trate de altos cargos o de funcionarios. El grado de la incompatibilidad dependerá de la medida en que la función exija una mayor o menor dedicación.

Respecto de los altos cargos se establece que ejercerán «sus funciones con dedicación absoluta y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por si o mediante sustitución o apoderamiento de cualquier otro puesto, cargo o representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena», con las excepciones señaladas en los artículos 3 y 4 (art. 2º, LAC).

³⁰ Así, García-Mexía, *Reflexiones*, cit. p. 509.

³¹ Sobre el problema, Mestre Delgado, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del art. 105.b), de la Constitución*, Ed. Civitas, 1993, p. 138; Muñoz Machado, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Madrid, 1988, pp. 152 y ss.; González Pérez, *La degradación del derecho al honor*, Ed. Civitas, 1993, pp. 54 y s.

Respecto de los funcionarios, por el contrario, aparte de limitarse en general la actividad pública a un puesto de trabajo (art. 3º, LIP), se limita la incompatibilidad a las actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, que se desarrollen directamente con las del Departamento, órgano o entidad donde estuviesen destinados, y con todas las que «puedan comprometer la imparcialidad o independencia del personal de que se trate, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales» (art. 11, LIP). Excepción a esta regla general basada en la naturaleza de la actividad es la del artículo 16 de la misma Ley, en la que, sin tener en cuenta para nada la finalidad del sistema de incompatibilidades, la establece en términos tan absolutos como las que afectan a los altos cargos respecto del personal que se determina en el número 1: «personal que desempeñe puesto que comporten la percepción de complemento específico o concepto equiparable y el retribuido por el arancel».

En el nuevo Código penal se tipifica como delito realizar, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, «por si o por persona interpuesta, una actividad profesional de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviese destinado o del que dependa (art. 441). Y con pena más grave a la autoridad o funcionario que debiendo informar «en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aprovechase de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta» (art. 439).

Las prácticas para solapar el sistema de incompatibilidades son tan simples y burdas como comunes. La fábrica, despacho, oficina o estudio del que era titular o miembro el que accede al cargo incompatible sigue funcionando con los demás, que procurarán divulgar —cuando no era ya notorio— la vinculación con aquél, o se confía a la mujer, hijos o correligionario. Como destaco en la semblanza de Niceto Alcalá-Zamora Torres, que he redactado para el tomo —*Académicos vistos por Académicos*— que va a editar la Academia de Ciencias Morales y Políticas, al referirse aquél en sus *Memorias* al cese en sus actividades profesionales para ocupar un cargo incompatible, decía que cerraba el despacho «en vez de entornarlo». Lo que pone de manifiesto que, como otras tantas corruptelas, no es de los políticos de hoy la práctica de dejar «entornadas» las puertas de los despachos, oficinas o estudios cuando salen por ellas para desempeñar un cargo incompatible. Y, aunque sea público y notorio que el que se queda es «persona interpuesta» del que se va a la política o a la Administración, la experiencia nos demuestra en qué medida es posible encontrar pruebas que destruyan la «presunción de inocencia».

b') Deber de abstención.

El deber de abstención de los titulares de los órganos públicos ha sido siempre elemental garantía del principio de objetividad de la Administración pública. Siempre que por la relación del alto cargo o funcionario con la persona interesada en un procedimiento o con el asunto de que se trate, pueda suscitar dudas la imparcialidad de su actuación, deberá abstenerse de intervenir en él y, de no hacerlo, podrá promoverse su recusación. El artículo 28, LRJPA enumera los motivos de abstención con carácter general.

El artículo 2º,3, LAC viene a reiterar respecto de los altos cargos el deber de abstención, especificando la obligación de «inhibirse» del conocimiento de:

- los asuntos en que hubieren intervenido,
- los que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieren tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona de su familia dentro del segundo grado civil.

c') Prohibición de ser propietarios de empresas o de participaciones en ellas.

El artículo 2º,2 LAC establece una prohibición para los titulares de altos cargos: tener, por sí o junto con su cónyuge e hijos dependientes y personas tituladas, participaciones superiores a un 10 por 100 en empresas que tengan conciertos o contratos, de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local. Si al ser nombrado tuviera una participación en los términos expuestos, deberá desprenderse de ella dentro del mes siguiente al nombramiento, y si la adquiriera por sucesión hereditaria, deberá desprenderse de ella en el plazo de tres meses. La participación y posterior transmisión serán declaradas en el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales.

Respecto de los funcionarios se exceptúa del régimen de incompatibilidades las actividades derivadas del patrimonio personal o familiar (art. 19,1, LIP), pero la norma añade: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de la presente Ley». Y el artículo 13 enumera entre las actividades prohibidas «la participación superior al 10 por 100 en el capital de empresas o sociedades» concesionarios, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarios o administradores de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllos».

La LIP, a diferencia de la LAC —que establece una prohibición de titularidad—, emplea la expresión «actividad», sin imponer la venta de la participación. Tener una participación en una empresa no es ejercer «actividad» alguna. Se ejerce actividad, por ejemplo, cuando se pertenece a Consejo de Administración u órganos rectores —a que se refiere el apartado b), del artículo 12.1 LIP— o cuando se desempeña «cargos de todo orden», por sí o por persona interpuesta —a que se refiere el apartado c), del artículo 12.1, LIP—. Precisamente por esta diferente redacción del apartado d) respecto de los apartados anteriores del artículo 12.1, LIP, no parece pueda interpretarse en el sentido de que lo único que se prohíbe es ejercer cualquier actividad en empresas o sociedades en que concurren las circunstancias que la norma prevé. Por lo que se está impidiendo el acceso a la función pública a quien tuviere tal participación —salvo que se deshiciere de ella antes de tomar posesión—, obligando al funcionario que la tuviese al entrar en vigor la LIP a su enajenación, en términos análogos a como se regula en la LAC.

c) Al cesar en la función pública

Quizás, tenga más importancia que las medidas adoptadas en orden a las conductas de los que acceden a la función pública durante el ejercicio de la actividad, las que se preven en orden a las conductas posteriores. Entre otras razones, porque el acceso a cargos bien remunerados en las grandes empresas suele ser la remuneración de los servicios prestados durante el desempeño del cargo o función pública.

Cuando en 1950 se estaba estudiando en España la reforma de la sociedad anónima, Federico de Castro, en un excelente artículo, publicado en la «Revista de Estudios políticos», constataba así el hecho: «las cajas de los partidos, los órganos de opinión —hasta los nominalmente más anticapitalistas— están subvencionados por los grandes organismos financieros; los políticos y burócratas de primera fila son llamados a los Consejos de Administración, y a los menos importantes se les atrae con asesorías o remuneraciones indirectas. Este influjo sobre los servidores del Estado y el conocimiento previo de sus medidas hace que hasta los actos defensivos más enérgicos del Estado (Derecho de la economía) sirvan, a la postre, para aumentar el poder financiero»³². Al elaborarse el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 sobre incompatibilidades de altos cargos, se pro-

³² Federico de Castro, *¿Crisis de la Sociedad Anónima?. Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima*, «Revista de Estados Políticos», núm. 49, p. 74.

puso que la incompatibilidad no desapareciese en el momento del cese, lo que comenté diciendo que tampoco ello serviría de mucho, pues se hubiera buscado la fórmula de eludir el precepto³³.

La LAC ha establecido la prohibición durante los dos años siguientes a la fecha de su cese. Pero la prohibición se limita a la realización de «actividades privadas relacionadas con expedientes sobre los que hayan dictado resolución en el ejercicio del cargo» y a «celebrar contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con las Administraciones Públicas» (art. 2º,4, párrafo primero, LAC), y cuando, además, reciban retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese, la prohibición de «intervenir en actividades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo ocupado», aunque renunciaran a la prestación económica (art. 2º,4, párrafo segundo, LAC).

Para controlar el cumplimiento de estas prohibiciones, en el último párrafo del artículo 2º,4, LAC, se establece la obligación de comunicar al Registro de Actividades de Altos Cargos la actividad que vayan a realizar.

Estas prohibiciones —que ya se encontraban en términos análogos en el artículo 9.2, de la Ley 25/83— son manifiestamente insuficientes. Limitar la incompatibilidad —salvo en el caso de percibir retribuciones compensatorias— a actividades relacionadas con los asuntos en que se haya emitido resolución y a celebrar contratos de asistencia técnica, de servicios o similares, deja un amplio margen para la corruptela. Y, aunque se generalizara en todos los supuestos lo establecido para los que perciben prestaciones compensatorias por el cese, tampoco sería suficiente el ámbito de la prohibición ni el plazo que se establece.

Como después señaló, el nuevo Código penal tipifica como delito realizar por sí o por persona interpuesta una actividad de asesoramiento al servicio de entidades privadas en asuntos en que hubiera intervenido (art. 441), dejando fuera de sanción penal supuestos de corrupción tan típicos como entrar al servicio de empresas privadas como recompensa a servicios prestados, aunque se abstengan de actuar —al menos aparentemente— en asuntos en que hubiera intervenido como servidor público.

³³ En *el administrado*, Madrid, 1966, pp. 70 y s.

3. Las formas y el procedimiento como garantía

a) La sujeción al procedimiento de la acción administrativa

La sujeción de la acción administrativa a determinadas formalidades, la necesidad de que la acción administrativa se realice a través de los cauces formales de un procedimiento ha sido siempre —y sigue siéndolo— una de las más firmes garantías del interés público. El procedimiento administrativo podrá cumplir otras finalidades —como la garantía de los derechos de los ciudadanos—. Pero es, ante todo, garantía de que la actuación de los administradores va a dirigirse hacia el interés público, y, por tanto, garantía de un comportamiento ético.

El Derecho administrativo impone a las Administraciones públicas seguir los trámites de unos procedimientos, tanto en sus funciones de provisión de medios como en las de realización de fines. No puede actuar libremente, como actúan los particulares.

Naturalmente, estas exigencias formales tienen un límite. Y llega un momento —el momento último de la decisión— en que siempre existe un margen más o menos amplio de discrecionalidad. El incumplimiento de las formalidades podría constituir uno de los sistemas para detectar posibles desviaciones en la actuación; pero nada más.

Los administradores han tratado de eludir estas garantías por dos vías. Por un lado, como vimos, huyendo del Derecho administrativo, para actuar en el ámbito del Derecho privado con la misma libertad que cualquier empresario que no maneja fondos públicos. Y, por otro, cuando no resulta posible escapar del Ordenamiento administrativo, reduciendo en lo posible formalidades y controles.

Examinamos, a grandes rasgos, el panorama que nos ofrece nuestra actualidad administrativa, tanto en las funciones de provisión de medios como en las de realización de fines.

b) Funciones de provisión de medios

La tónica general no ha sido otra que la señalada de eliminación de formalidades, tanto para la provisión de medios personales como de los materiales.

a') Reclutamiento del personal.

A la hora de reclutar el personal, el objetivo principal no es otro que el de colocar a los parientes, amigos y, sobre todo, a aquellos de los que cabrá esperar una lealtad férrea.

La primera vía ha sido, lógicamente, la de crear cargos de confianza, o supuestos cargos de confianza, a los que poder acceder libremente. Pero, naturalmente, por grandes que sean las esperanzas de perpetuarse en el disfrute del poder, siempre existe el temor de su límite temporal. Suponía volver, al menos respecto de ciertos puestos —por muchos que fueran— al «sistema de botín», que rigió en nuestra Administración —y en todas las Administraciones— hasta la estructuración de la función pública sobre bases objetivas. Al fin y al cabo, en el sistema había un fondo de equidad: en el botín iban participando sucesivamente los fieles de cada partido, a medida que llegaban al Poder.

Pero el «sistema de botín» respondía a otras épocas. Ahora, ya no basta con usufructar un puesto público durante una temporada, para acabar en la triste figura del cesante, que tanta relevancia tuvo en la literatura de la época. Es necesario garantizar la permanencia, o, al menos, una salida lucrativa, aunque ésta solo sea posible muy limitadamente: para aquellos que tengan acceso a los «fondos reservados» o para los que llegaran a ocupar puestos en empresas públicas a través de contratos «blindados» análogos a los que existen en la empresa privada.

Por ello, se ha tratado de garantizar la permanencia de la relación de empleo por otras vías: la principal no ha sido otra que la degradación de las pruebas de selección del personal. El fenómeno es de sobra conocido. Basta con sustituir las pruebas de las oposiciones tradicionales con otras que pueda superar cualquiera, permitiendo al Tribunal elegir al que quiera.

Ciertamente, aquellas oposiciones con ejercicios en los que jugaba un papel principal la memoria, no podían ser más irracionales y absurdas. Pero precisamente por su formalismo, irracionalidad y casi automatismo, el margen del tribunal para apreciar méritos era limitadísimo. Lo que garantizaba una objetividad. Objetividad que se atenuaba en la medida en que la oposición se racionalizaba, añadiendo ejercicios en que eran relevantes otras aptitudes. Y, reconoscámoslo, aquel sistema tan absurdo, no conducía a resultados tan injustos. Para probarlo, basta con recordar —los que todavía tienen edad de haber vivido aquella época—, los compañeros de nuestros cursos de estudio. En aquellas clases que no llegaba a doscientos alumnos, todos nos conocíamos, sabíamos muy bien

el grado de inteligencia de cada uno. Pues bien, lo cierto es que, con aquel sistema tan ilógico y tan criticado, los mejores habían logrado acceder a los Cuerpos más privilegiados de la Administración, poco después de acabar la carrera, salvo excepciones, contadas excepciones. Y eran las oposiciones mejor estructuradas, en las que los Tribunales gozaban de mayor amplitud para apreciar méritos, donde se producían más injusticias³⁴.

De aquellas oposiciones hemos pasado a unas pruebas de selección en que resultó tan fácil alcanzar el nivel exigido, que muchas veces la decisión depende de una llamada «entrevista» en la que el Tribunal ha de apreciar la agudeza, ingenio, facilidad de expresión o... el conocimiento de la Constitución, para acceder, por ejemplo, a un Cuerpo Médico. No es que no se reconozca el ineludible deber del personal de los Centros hospitalarios de respetar la dignidad de la persona. Así lo ha venido exigiendo ante una realidad en que el paciente es considerado como un objeto. Pero a la hora de entrar en un quirófano no creo exista nadie que dispense la falta de preparación técnica del Cirujano que ha de intervenirle, por su espíritu «democrático» y su conocimiento y respeto de los derechos fundamentales.

Se ha querido poner de manifiesto que el legislador no es insensible a este estado de cosas, tipificando específicamente un supuesto de «prevaricación» —o de «otros comportamientos injustos», como se titula el Capítulo I, del Título XIX del nuevo Código Penal—, en unas normas que constituyen una burla sangrienta para el administrado. Me refiero a los artículos 405 y 406, que literalmente, dicen:

«*Artículo 405.* A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Artículo 406. La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles».

³⁴ Al problema me referí en uno de los pocos trabajos que he dedicado al tema de la función pública. Cfr. *La selección de los funcionarios públicos*, en *Segunda semana de estudios sobre la reforma administrativa*. Presidencia del Gobierno, 1959, pp. 126 y ss.

Lo que se sanciona es, por tanto, la conducta por la que se da lugar al acceso a un cargo público a persona en que no «concurran los requisitos legalmente establecidos para ello». Cuando lo que ocurre cada día en mayor medida no es cubrir los cargos por quien no reúna los requisitos legales, sino cubrirlos por quienes reúnen los requisitos y hasta cumpliendo los trámites formales de los procedimientos de selección. Pero por el amigo, por el adicto, por el correligionario... excluyendo a quien no lo es, por mucha que sea la diferencia de méritos. Y, a veces, hasta sin reunir los requisitos. Todo se reduce a como se entiende el requisito de «Jurista de reconocida competencia» o el de ejercicio de la profesión³⁵.

b') Provisión de medios materiales.

Si en los procedimientos para la selección de personal, el objetivo es permitir el acceso a los adictos, en los de provisión de medios no es otro que nutrir las cajas de los partidos y/o el patrimonio del político de turno, adjudicando los contratos al que está dispuesto a colaborar.

El camino es paralelo: aumentar la discrecionalidad. Los supuestos en que es preceptiva la subasta, se reducen a favor del concurso-subasta, los de concurso-subasta a los de concurso. Y, por último, se aumentan los de adjudicación directa. Todo ello relegando en lo posible las funciones de la Intervención.

También el nuevo Código penal ha tratado de ejemplarizar la conducta de los servidores públicos en sus intervenciones «por razón de su cargo en cualquiera de las modalidades de contratación pública», tipificando como delito el hecho de que «se concertara con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público» (art. 436).

c) *Funciones de realización de fines.*

Por su naturaleza, el ámbito de la discrecionalidad —y, por tanto, de riesgo de arbitrariedad— es muy superior. Los cauces formales, por lo general, no pueden llegar más allá de instaurar unos trámites de audiencia de entidades

³⁵ Ejemplo: cuando hace unos años, al cubrirse una vacante de vocal del Consejo General del Poder Judicial, se cayó en la cuenta de que la aspirante que había de ser elegida no cumplía el número de años de ejercicio de la Abogacía exigido —como inicialmente se creyó—, se superó el obstáculo entendiéndose que, en realidad, se trataba de la profesión de «jurista», y que ésta se había ejercido bastantes más años de los exigidos.

o corporaciones, o de informaciones públicas que permitan hacer realidad el mito de la participación ciudadana.

Pero lo cierto es que, al final, es la política, pura política en su más peyorativa acepción, la que acabará decidiendo. No en razón a los intereses públicos, nacionales o regionales. Sino en motivos de muy distinto valor. Y se cambian los trazados de una autopista por la acción violenta de grupos terroristas. O el emplazamiento de un campo de tiro o de una cárcel por contingentes intereses electorales. O el destino de unas subvenciones a favor del Municipio regido por unos políticos afines en perjuicio de otros que más lo necesitan.

MEDIDAS REPRESIVAS

1. La reacción frente a los actos contrarios a la ética

Si el Ordenamiento jurídico ha acogido el deber ético infringido, el acto en que se concrete la infracción no será válido, y podrá hacerse valer la anulabilidad o nulidad de pleno Derecho en que incurra a través de los cauces procesales que el Ordenamiento jurídico prevé, con las dificultades que ello conlleva, sobre todo cuando bajo la apariencia de legalidad el vicio en que incurre es la desviación de poder, esto es, en términos del artículo 83.3, LJ, «el ejercicio de potestades distintas para los fines previstos por el Ordenamiento jurídico».

Mas cuando se trata de reaccionar frente a comportamientos no éticos, tan importantes como las medidas para borrar de la realidad el acto, son las encaminadas a exigir las responsabilidades en que hubiera podido incurrir la persona a la que pueda imputarse. La voz de la calle así lo ha pedido. Ante el espectáculo tan frecuente en la vida administrativa de los últimos años de apropiación de caudales públicos —reservados o no reservados—, sin despreciar la conveniencia de la sanción, se clamaba por el reintegro de las cantidades astronómicas sustraídas procedentes de lo que en la inmensa mayoría de los casos son auténticas confiscaciones.

Se da aquí una importante distinción entre políticos y funcionarios. Mientras que respecto de éstos existe un régimen disciplinario en el que se ti-

pifican como faltas sancionables las transgresiones éticas más importantes, respecto de aquéllos tan solo en la LAC se prevé un régimen de sanciones por las infracciones de las normas que la propia ley establece, y, por supuesto, como era lógico, sin la gravedad de las previstas para los funcionarios. Pese a que las consecuencias de los comportamientos éticos son mucho más graves en aquéllos.

Y, aún cuando en principio, la Ley penal es igual para todos, la experiencia diaria pone de manifiesto que, salvo excepciones, la lenidad es la regla. Y, por evidente que sea la posibilidad de subsumir la conducta en el supuesto de hecho constitutivo de alguno de los delitos tradicionales o de algunos de los de nueva creación, la impunidad de los políticos será la regla.

Quedan las responsabilidades políticas ante las Cortes. Pero también en este ámbito la experiencia no puede ser más desalentadora en un régimen parlamentario, cuando las mayorías —más o menos artificiales— o las minorías en sucio contubernio no están por la labor.

2. Medidas administrativas

Al examinar los supuestos más característicos de comportamientos no éticos, he ido haciendo referencia a las faltas en que quedaban tipificados. Cuando éstos se califican de graves pueden sancionarse con el traslado de residencia y la suspensión de funciones (art. 16, Reglamento de régimen disciplinario), y hasta con la separación del servicio en el supuesto de faltas muy graves (art. 15 del mismo Reglamento).

Respecto de los Altos Cargos, las sanciones que la Ley 12/1995 prevé para las faltas graves y muy graves son «la declaración y publicación del incumplimiento de la Ley y la publicación de esta declaración en el BOE» (art. 12, LAC) y la imposibilidad de ser nombrado el sancionado para Altos Cargos por un período de entre tres y diez años (art. 13, LAC). Si tenemos en cuenta que el órgano competente para incoar el procedimiento es el Consejo de Ministros si el infractor es miembro del Gobierno o Secretario de Estado y el Ministerio para las Administraciones públicas en los demás casos, a los que se reserva asimismo la competencia para la imposición de sanciones, según los casos (art. 16, LAC), comprenderemos cual ha sido la finalidad real perseguida por esta Ley. Lo que, por otro lado, es lógico. Porque las sanciones disciplinarias tienen sentido respecto de los funcionarios. Para los que la Ley llaman «Altos Cargos» están las responsabilidades políticas.

No puede haberse llegado a mayor degradación entre los políticos y los electores cuando es necesario una norma legal —que no va a servir para nada— para que el político desprestigiado y falto de dignidad no pueda volver a ocupar un cargo público

3. La sanción penal

a) La legislación penal

Para ciertos comportamientos la conciencia social exige la condena penal. Los comportamientos no éticos pueden ser de tal trascendencia, que el Ordenamiento jurídico debe reaccionar a fin de que, aparte de cualquier otro tipo de responsabilidad que pudieran originar, se sancionen penalmente. Sanción penal que conllevará la nulidad de pleno Derecho del acto administrativo constitutivo del delito o dictado como consecuencia de éste [art. 62.1.d), LRJPA].

Cuando la LAC establece las sanciones al incumplimiento de los deberes que en ella se establecen, deja a salvo «las exigencias de las demás responsabilidades a que hubiere lugar» y «si las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, pasará el tanto de culpa al Fiscal General del Estado y se abstendrá de seguir el procedimiento mientras por la autoridad judicial no se dicte resolución» (art. 12). Norma análoga a la que establece respecto de los funcionarios su legislación específica (art. 23, Reglamento de régimen disciplinario).

Ahora bien, cuando se ha intentado subsumir las diversas manifestaciones de la corrupción en alguno de los delitos clásicos de los servidores públicos, se han puesto de manifiesto las enormes dificultades que la tarea encuentra, entre otras razones, por la siguiente: «La Administración actual es un conglomerado de órganos asesores, informantes o proponentes. Por muy torcida a favor de intereses que sea cualquier decisión, es más que probable que cuente con informes favorables o, por lo menos, neutrales sobre su contenido, informes aún más previsibles dado el sistema salarial imperante. En ese contexto la culpabilidad se diluye hasta desaparecer por muy escasa que sea la prudencia del hipotético inculpado. Por esta razón resulta estéril la polémica sobre la tipificación. Ni los comportamientos punibles de verdadera trascendencia son susceptibles de definirse con la precisión que el derecho penal exige ni, y esto es lo más importante, es fácilmente apreciable un elemento de culpabilidad penal en dichos comportamientos»³⁶.

³⁶ Saban Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, cit. pp. 69 y ss .

Se trata de superar esta situación introduciendo en las legislaciones penales figuras delictivas que se correspondan con las infinitas formas de conducta que, derrochando una imaginación que mejor querríamos ver utilizada en otros ámbitos, adoptan los servidores públicos para conseguir sus bastardos fines. Las más de las veces, estas modificaciones de la Ley penal, dadas a conocer a través de aparatosos medios de publicidad, no tienen otra finalidad que embaucar a ciertos sectores de la opinión pública —muy propicios a dejarse embaucar—, sobre todo en periodos electorales. Como asimismo responden a finalidades políticas en momentos muy oportunos para los políticos, el procesamiento y hasta la detención espectacular de alguna personalidad. Es esta última una de las manifestaciones de lo que Antonio Pedrol llamaba «terrorismo fiscal». Porque no es el «GAL» la única práctica del terrorismo de Estado. Existen otras más sofisticadas para las que se utilizan hasta Cuerpos especiales de funcionarios, lo que constituye una garantía frente a las chapuzas en otros ámbitos tan frecuentes.

b) El nuevo Código penal

El Código penal de 23 de noviembre de 1995, el que ha sido considerado Código penal de la democracia, no ha cambiado mucho las cosas en orden a la sanción de los que, según el epígrafe de su Título XIX, hoy son «Delitos contra la Administración pública». Porque en él se mantienen los delitos que tradicionalmente se incluían entre los «delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos». Pero en términos análogos y con dificultades asimismo análogas para su eficacia. Ciertamente, ha desaparecido una de las dificultades que, según el texto literal anterior, existía para extender la responsabilidad penal a todos los «servidores públicos» al sancionarse la conducta de los «funcionarios públicos». Según la nueva redacción estos delitos pueden cometerse por «autoridades y funcionarios». Pero subsisten otras de las deficiencias destacadas para que el sistema penal pudiera constituir un arma eficaz de la corrupción. En efecto:

a') En el delito de prevaricación se sigue exigiendo que la resolución arbitraria se dicte: «*a sabiendas de su injusticia*» (art. 404, Cp), por lo que subsiste la misma dificultad que supone la prueba de la intencionalidad, tal y como lo exige la jurisprudencia al decir que es necesario se justifique haber obrado el reo a ciencia segura, con conciencia de que faltaba a la justicia e intención deliberada de faltar a ella, no bastando que se presuma o conjeture. Y ha desaparecido el supuesto del párrafo segundo del 358 del anterior Código en el que bastaba la «negligencia o ignorancia inexcusable» cuando la resolución fuese manifiestamente injusta, norma que se había interpretado en el sentido de falta de la diligencia más elemental exigible en los funcionarios. Esta norma no debió su-

primirse; debió mantenerse y extenderse a las autoridades, en la medida en que, por su profesión, se presupusiera en ellas unos ciertos conocimientos.

b') Respecto del delito de cohecho, se mantienen dos límites de importancia que ofrecía la normativa anterior, al seguir exigiéndose que el favor intercambiado se comprenda en las facultades del cargo (arts. 419 y 420), y al seguir sancionándose de modo distinto la abstención o bien en el supuesto el que el favor intercambiado en ser delito (art. 421), que tiene un valor idéntico a la actuación la mayoría de las veces, sobre todo en materia sancionadora³⁷. Recordemos lo que supone, por ejemplo, en el ámbito urbanístico la inactividad ante flagrantes infracciones urbanísticas que reportan sustanciosas ganancias al promotor, mientras se reacciona con extremada diligencia frente a infracciones muchos menos graves.

c') El límite consistente en la exigencia de que el favor intercambiado se comprenda en las facultades del cargo para que existiera cohecho, trató de superarse con la creación del delito de tráfico de influencias, que introdujo en el anterior Código la LO 9/1991, de 22 de marzo, cuya regulación ha pasado con escasas modificaciones a los artículos 428 a 431 del nuevo Código. Existe, sin embargo, una modificación importante. En efecto:

— Según el texto anterior [arts. 404 bis, a) y b)], no bastaba la influencia, prevaleciendo del cargo, sino que era necesario «conseguir una resolución» que generase un beneficio económico. Se trataba de un tipo de resultado.

— Según la nueva regulación, por el contrario, para que exista delito, ya no puede decirse que es un tipo de resultado. Ya no se pena a la autoridad o funcionario que «consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico», sino que se castiga la influencia «para conseguir una resolución, que le pueda generar...» (arts. 428 y 429). Diferente redacción que permite una interpretación imposible según la del anterior texto.

Al comentarse la norma anterior, se había estimado que no existía delito cuando la resolución dictada fuera justa³⁸. Si entendemos por justa que la resolución se ajuste al Ordenamiento jurídico, tal interpretación dejaría sin sanción supuestos muy frecuentes y de extrema gravedad. En efecto, es notorio que,

³⁷ Saban Godoy, *El marco jurídico de la corrupción*, cit. p. 71.

³⁸ Garcías Planas, *El nuevo delito de tráfico de influencias*, «Poder Judicial», n° 29 (marzo 1993), p. 30.

ante la insuficiencia de medios económicos, las Administraciones públicas deben cantidades ingentes a los administrados por los conceptos más diversos (indemnizaciones por responsabilidad extracontractual o contractual, justiprecios de bienes expropiados, subvenciones, devoluciones de ingresos indebidos...), lo que determina la existencia de una lista de acreedores de la Hacienda pública, que tardan años en cobrar. Si, como consecuencia del tráfico de influencias, se logra una orden de pago que permita la efectividad del derecho con anterioridad a los de otros muchos créditos preferentes en el tiempo, es evidente que el administrado ha obtenido únicamente la prestación a que tenía derecho. Desde esta perspectiva no es un beneficio económico injusto: pero sí es injusto el beneficio consistente en haber logrado la efectividad del crédito varios años antes del momento en que le hubiese correspondido si se hubiera dispuesto de las partidas presupuestarias respetando el principio —y derecho— constitucional de igualdad y, por tanto, el orden en que los créditos habían nacido.

d') En cuanto a la malversación, la nueva regulación tampoco brinda mayores posibilidades de eficaz reacción frente a esta manifestación de la corrupción.

e') Y, por último, un dato al menos curioso. En el anterior Código, en el Título VII dedicado a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, existía un capítulo —el VIII— con la rúbrica «de las limitaciones a la libertad sexual». Este capítulo ha desaparecido en el Título XIX, del Código nuevo; pero los artículos 383 y 384 —que integraban aquel capítulo— han pasado a figurar —junto a otros— en un capítulo del nuevo Título XIX —el IX, titulado «de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» (arts. 443 y 444). Por supuesto, el funcionario, como cualquier otro ciudadano podrá cometer alguno de los delitos que, según el Título VIII del nuevo Código, se califican «delitos contra la libertad sexual»; y, por supuesto, se daría la agravante de «prevalerse del carácter público» cuando concurra esta circunstancia. Entre estos delitos contra la libertad sexual está el delito tan de moda: el acoso sexual, que define así el artículo 184:

«El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses».

Al limitarse a la situación de «superioridad laboral, docente o análoga», quedan excluidos los supuestos de superioridad jerárquica en la Administra-

ción —salvo que se equipare a la relación laboral, lo que no parece posible al menos a niveles superiores— ni en los supuestos de relación servidor público-administrado, que eran justamente los que contemplaba el artículo 383 del anterior Código —y contempla el artículo 443 del nuevo—. Quizás, estos supuestos de relación entre servidor público —o servidora pública— y ciudadana —o ciudadano— o, entre servidor público y ciudadano, o entre servidora pública y ciudadana —todas las combinaciones son posibles—, la solicitud —o el ofrecimiento— de «favores de naturaleza sexual» encajarían mejor en el delito de cohecho. Estos «favores» constituirían una de las «dádivas» o «presentes» a que se refieren los artículos 419, 420, 421 y 423 del Código penal de la democracia. Pero lo cierto es que tanto en el Código penal anterior como en el que pronto entrará en vigor se tipifica como delito independiente, antes en los artículos 383 y 384, hoy en los artículos 443 y 444. La doctrina había señalado que la rúbrica del capítulo en que se encuadraban no daba fe fehaciente del bien jurídico tutelado en ellos más que de forma indiciaria. Como tampoco daba fe la rúbrica del Título IX antiguo —Título VIII del nuevo—, ya que la libertad sexual de la persona solicitada no padece mengua: si accede a la solicitud tras haber superado los pros y los contras, la facultad de servirse de su cuerpo para aceptar o rechazar la proposición no ha sido mermada. Por lo que el objeto de protección más que la libertad sexual, es «el proceso de formación de la voluntad para producirse sexualmente de manera espontánea o, si se prefiere, el interés del Estado (mejor de la Administración pública) por preservar de injerencias extrañas la intimidad personal»³⁹.

c) *Privilegios*

Pero, quizás —y sin quizás—, la impunidad de la corrupción y en general de los actos delictivos de los políticos tienen su causa en los privilegios de que gozan. A la corrupción penable se añade la conducta corrupta al utilizar tales privilegios. Y la de utilizarlos abusivamente.

Hace unos años me refería a los que todavía subsisten en nuestro Ordenamiento, que últimamente han adquirido especial relevancia⁴⁰; como, el que reconoce el artículo 102.2 de la Constitución al Presidente del Gobierno y

³⁹ Orts, en Vives Antón y otros, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, pp. 468 y ss.

⁴⁰ González Pérez, *El derecho a la tutela judicial*, 2ª ed., Ed. Civitas, 1989, pp. 100 y ss.

sus Ministros, al establecer que únicamente puede procederse contra ellos «por traición y por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones... por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso y con la aprobación de la mayoría absoluta». Norma que en algunos momentos se pensó tendrá aplicación a supuestos que no tenían otro calificativo que el de corrupción. El otro privilegio es el de inmunidad parlamentaria. Sobre éste es necesario detenerse.

Resulta sorprendente que mientras se encuentra justificada la supresión de la autorización para procesar a los funcionarios, no se ponga en tela de juicio la inmunidad de Diputados y Senadores, a los que el artículo 71 de la Constitución les confiere una patente de corso para delinquir, siempre que no incurran en flagrante delito, exigiendo en todo caso la autorización de la Cámara respectiva. No hará falta recordar el triste espectáculo que han ofrecido las Cámaras ante los suplicatorios que ha formulado el Poder Judicial. Actitud que no es, ni mucho menos, exclusiva de esta Cortes de hoy, sino de cualquiera. A lo largo de la historia parlamentaria hemos tenido que padecer la denegación sistemática de los suplicatorios. Lo ha dicho persona tan poco sospechosa como Niceto Alcalá-Zamora: «La garantía contra eventuales excesos de la Magistratura, degenera en encubrimiento parlamentario de actos delictivos que, con frecuencia, han sido gérmenes de tragedia en la vida española». De aquí que se haya propugnado una reforma de la legislación, «en orden a evitar que conductas claramente punibles, ajenas por completo a lo que constituye la seria función parlamentaria y cuyo posible castigo no altere en absoluto el normal desenvolvimiento de la vida legislativa y política, puedan quedar impunes en aras de una mal entendida y peor aplicada inmunidad»⁴¹. Y se observa una tendencia encomiable a reducir la in-

⁴¹ Alcalá-Zamora y Castillo, *Ensayos de Derecho procesal*, Buenos Aires, 1944, p. 596; Martín Ostos, *El enjuiciamiento penal de Diputados y Senadores en la Constitución española de 1978*, Revista de Derecho Procesal, 1981, página 634. En la línea crítica, Pérez Serrano, *Tratado de Derecho político*, Madrid, 1976, p. 782, y Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pp. 757 y ss., destacando que se sigue el modelo francés, que tuvo su origen en el conflicto ideológico, político y jurídico que en 1789 existía entre los representantes revolucionarios y los Poderes constituidos del Antiguo Régimen. Resulta tan insólito que se acceda a un suplicatorio, que cuando se accede, como ha ocurrido en el Parlamento alemán respecto de Otto von Lambsdorff, el hecho es destacado en la prensa diaria en los siguientes términos: «Eso de que se conceda un suplicatorio es, sin duda, una noticia a escala mundial, ya que los suplicatorios están hechos para ser pedidos, pero no para otorgarse. Los políticos, por muy diferentes que sean sus pelajes y hasta sus camadas, pertenecen a la misma estirpe y entre ellos suele funcionar una solidaridad última, compatible con las diferencias ideológicas» (*Ya* de 4 de diciembre de 1983).

unidad parlamentaria a sus justos límites, de la que es exponente la STC 51/1985, de 10 de abril. Esta sentencia, con una interpretación finalista de las garantías, sienta que:

«las prerrogativas han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros» (en este caso, por ejemplo, los reconocidos en el art. 24.1 LC).

Pues —añade— «las prerrogativas parlamentarias son sustracciones al Derecho común conectadas a una función» y de que «sólo en tanto esta función jurídica se ejerza pueden considerarse vigentes». En conclusión, según la sentencia:

«el interés a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentaria..., decayendo tal protección cuando los actos han sido realizados por su autor en calidad de ciudadano (de político incluso) fuera del ejercicio de competencias y funciones que le puedan corresponder como parlamentario».

Lo que no impide que «la prerrogativa pueda amparar también los actos exteriores a la vida de las Cámaras que no sean sino reproducción literal de un acto parlamentario».

Pero ha sido la STC 51/1985, de 22 de julio, que se enfrentó con una denegación de suplicatorio por el Senado, la que constituye el más claro ejemplo de cómo entienden los parlamentarios la inmunidad, a la que dediqué un comentario en las páginas de ABC, en el que decía:

«Los hechos que dieron lugar al recurso de amparo fueron los siguientes: el Juez de Instrucción número 1 de Oviedo admite una querrela por injurias graves y procesa al autor del artículo que contenía las injurias; el procesado, que más tarde fue elegido Senador, interpone recurso de apelación contra el auto de procesamiento ante la Audiencia, que estimó el recurso, dejó sin efecto el procesamiento y remitió las actuaciones al Tribunal Supremo; como el presunto autor de las injurias ya era Senador, el TS solicitó del Senado autorización para procesar, que le fue denegada. Y contra esta denegación se interpuso el recurso de amparo que fue estimado por la sentencia de la Sala 1ª del TC el 22 de julio de 1985.

Durante la tramitación del proceso se opusieron al recurso de amparo no sólo la representación del Senador y el Abogado del Estado y el Letrado de las Cortes Generales, sino —lo que es más grave—, el Ministerio Fiscal, en cuyas actuaciones ante el TC cada día parece menos «defensor de la legali-

dad» y más Abogado del Estado. Pues bien, la sentencia consagra dos principios básicos:

1.º Que es incuestionable la jurisdicción del TC para revisar los actos de las Cámaras legislativas por los que, en ejercicio de las prerrogativas de la inmunidad, se resuelva acerca de la solicitud de procesar a alguno de sus miembros. Frente al argumento de que tales decisiones constituyen un puro acto de voluntad política que encierra un juicio sobre la oportunidad de proceder, el Tribunal sienta el principio de que cualquier acto del Parlamento con relevancia jurídica externa, incluso los de naturaleza legislativa, queda sujeto no sólo a las normas de procedimiento que en su caso establezca la Constitución, sino asimismo al conjunto de normas que en la misma Constitución se contienen.

Estamos ante una declaración realmente trascendente. No existe inmunidad para aplicar la inmunidad. El TC controlará si, al denegarse un suplicatorio, ha habido o no abuso en el ejercicio de la prerrogativa. Y para que sea posible el control es necesario motivar la negativa.

2.º Y siguiendo la doctrina de la anterior S. de 10 de abril de 1985, desde la perspectiva del artículo 24.1 de la Constitución, declara que la negativa de un suplicatorio sólo será correcta en el caso de que sea conforme a la finalidad que la inmunidad parlamentaria persigue y no cuando sea utilizada para fines que no sean propios. La inmunidad justifica en tanto garantice la independencia de la función parlamentaria.

Esto supuesto, ¿dónde está el ejercicio de las funciones parlamentarias, que se trata de proteger un artículo publicado en una revista por quien en aquel momento no era parlamentario?

Sin embargo, ha sido tal el impacto de la sentencia en la clase parlamentaria que ha dado lugar a una reunión extraordinaria de la Mesa y la Junta de Portavoces. Hasta se habla de la imposibilidad de cumplir el fallo. Reacción que recuerda las de los titulares de los órganos del Ejecutivo a la hora de cumplir sentencias que no les gustan. Y es que la clase política es siempre la misma, cualesquiera que sean los órganos cuya titularidad detentan».

4. La responsabilidad patrimonial

«El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Este elemental principio del artículo 1.902 del Código se aplica a todos. No existen excepciones. Y la responsabilidad directa de las autoridades y funcionarios se reguló en la Ley de 5 de abril de 1904 y su Reglamento de 23 de septiembre del mismo año, con algu-

nas peculiaridades en orden al órgano judicial al que se atribuía competencia y al procedimiento.

Al aumentar las garantías de los ciudadanos y tratar de evitar que quedaran sin indemnizar los perjuicios ocasionados por la acción administrativa, se consagró el principio de la responsabilidad directa de la Administración pública a la que pudiera imputarse el daño, aunque se hubiera ocasionado por dolo o culpa del titular del órgano administrativo, sin perjuicio de que después pueda reintegrarse de la persona que fuera responsable en los supuesto de «dolo, culpa o negligencia grave». Así lo establece el artículo 145, LRJPA.

La nueva regulación contenida en la LRJPA suscitó dudas acerca de la subsistencia del procedimiento para que el que hubiera sufrido el daño pudiera dirigirse directamente frente a la autoridad o funcionario responsables. Quizás, fuera esta la intención de los parlamentarios: evitar procesos civiles en que pudieran verse envueltos por la demanda de un ciudadano que, por la solvencia del responsable —quizás, producto de la corrupción— o mayores facilidades, prescindiera de la acción frente a la Administración. Pero el texto de la Ley permite la interpretación favorable a la subsistencia de la vigencia de la Ley de 1904, interpretación que es congruente con los principios fundamentales, permitiendo evitar el enriquecimiento injusto del político corrupto⁴².

⁴² Así en mi trabajo, en colaboración con González Navarro, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, 2ª ed., 1994, pp. 1483 y ss.

Ha de reconocerse que la doctrina mayoritaria estima lo contrario y considera que el art. 145.1, LRJPA ha despejado las dudas existentes sobre la vigencia de la Ley de 5 de abril de 1904. Así, Blasco, *La responsabilidad de la Administración*, en la ob. col. «Comentario sistemático a la LRJPA», Madrid, 1993, pp 435 y ss.; Fuertes Suárez, *Reponsabilidad de las Administraciones Públicas*, en la ob. col. «Administraciones Públicas y ciudadanos», Barcelona, 1993, p. 816. Y Garrido y Fernández Pastrana, *Régimen jurídico y procedimiento administrativo de las Administraciones públicas*, Ed. Civitas, 1993, pp. 356 y ss., plantean dudas sobre la subsistencia de la posibilidad de dirigir directamente la acción contra el personal.

Se pronuncian por la vigencia de la Ley de 1904 y la subsistencia de la posibilidad de exigirse la responsabilidad de los titulares de los órganos por los funcionarios, Leguina, en la ob. col. (dirigida por Leguina y Sánchez Morón), *La nueva LRJPA*, Madrid, 1993, p. 407, y PARADA, Régimen jurídico de las *Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993, p. 453.

EPÍLOGO

No se cambia la sociedad por decreto. Es el título de una obra traducida al castellano por el INAP en 1984⁴³. Ni por la intervención de la Administración pública. Y lo que está exigiendo la degradante situación del mundo que nos ha tocado vivir es «una radical renovación personal y social capaz de asegurar justicia, solidaridad, honestidad y transparencia». Así lo proclama la Encíclica «Veritatis Splendor» (par. 98), al mismo tiempo que reconoce que «es largo y fatigoso el camino que recorrer» y «muchos y grandes los esfuerzos por realizar».

Pero si la Administración solo puede mínimamente contribuir a tal renovación, por lo menos podemos pedirle que no la obstaculice ni agrave la situación que se trata de superar.

Aquella doble vertiente de las relaciones entre Ética y Administración a que me refería al principio, ejercen una influencia recíproca.

En efecto, una conducta ética de los políticos y funcionarios, una Administración pública en que imperen los principios éticos, contribuirá decisivamente a la moralización de la vida social. Y en la medida que se haya realizado una regeneración en la sociedad se habrá logrado la de la Administración. Pues de la sociedad proceden los hombres —y mujeres— que asumen la gestión de los intereses públicos.

Abreviaturas utilizadas

LAC = Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos

LIP = Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de la Administración Pública.

LFC = Ley de funcionarios civiles (texto articulado de 7 de febrero de 1964).

LRFP = Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública.

RJPA = Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

Cp = Código penal.

⁴³ Es el título de la obra de Crozier, traducida al español por Prats y publicada por el INAP en 1984.