

# Ética en la Administración pública

Catedrático de Derecho  
Administrativo

Jesús González Pérez

## I. 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 2ª edición –que utilizo– de 1855<sup>1</sup>. 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 mas que se ha ofrecido un hallazgo al que la presente.

Los que mas 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”.

<sup>1</sup> De RICO Y AMAT, 2ª ed., Madrid, 1855, p. 266.

Idea sobre la moralidad de los políticos que no era ni mucho menos aislada en la literatura de aquella época. Como ha puesto de relieve, recientemente, Armando de Miguel al describirnos la España de nuestros abuelos a través de la literatura regeneracionista de entonces, que veía en los partidos "gentes desacreditadas o anónimas, humanidad 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"<sup>2</sup>.

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 zarrandeadas 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"<sup>3</sup>.

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 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" (párrafo 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 no es -aunque a veces lo parezca- de naturaleza distinta a cualquier otro hombre.

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 se deniegan siempre, salvo casos excepcionalísimos<sup>4</sup>. Y, precisamente en el debate parlamentario a que dieron lugar dos suplicatorios solicitando autorización para proceder frente a José Antonio Primo de Rivera, un Diputado proclamó so-

<sup>2</sup> ARMANDO DE MIGUEL, *La España de nuestros abuelos*, Espasa, Madrid, 1995, p. 236.

<sup>3</sup> RAFAEL TERMES, *El Papel del cristianismo en las economías de mercado*, Universidad de Navarra, 1994, p. 1.

<sup>4</sup> En *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, p. 596.

lemnemente la casta especial del político. Fueron unas de las poquísimas excepciones en que se accedió a los suplicatorios. Pues bien, en el debate parlamentario, se sentó la especial categoría de los políticos, con estas palabras tomadas 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"<sup>5</sup>. Quien así hablaba era Indalecio Prieto<sup>6</sup>. No es de extrañar que años después Gregorio Peces-Barba defienda la existencia de una ética pública y privada como cosas distintas, 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 individuo<sup>7</sup>. Y es que, como proclama la Encíclica "Veritatis Splendor", "no hay ninguna diferencia entre ser el dueño del mundo o 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-Arana<sup>8</sup>.

La moral, moralidad o buena conducta ofrece en sus relaciones con la Administración pública dos aspectos<sup>9</sup>:

■ La moral como exigencia de todos y cada uno de los servidores públicos, cualquiera que fuese la actividad administrativa que realicen.

■ Y la moral como fin de la acción administrativa.

A este último aspecto dediqué mi comunicación del pasado curso al Pleno de Numerarios de la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Hoy voy a referirme al primero.

## II.

### 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

<sup>5</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1934, Tomo VI, pp. 4386 y ss.

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

<sup>7</sup> "¿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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Me remito a *La reforma administrativa en la esfera local*, en *Problemas Políticos de la vida local*, I, Instituto de Estudios Políticos, 1960.

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 proyectado<sup>9</sup>. Pero, vale la pena intentarlo.

En la Encíclica "Veritatis Splendor" se nos recuerda (párrafo 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 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"<sup>10</sup>.

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 Ética pública se circunscriba a la conducta de los agentes públicos de acuerdo con la recta razón y con los intereses públicos, como afirma Rodríguez Arana<sup>11</sup>, ya que, como señala Millán-Puelles, se refiere al comportamiento del hombre en cuanto ciudadano en el ámbito público. Pero es indudable que su destinatario principal es el titular de los órga-

<sup>10</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la Persona*, Ed. Civitas, 1986, p. 202.

<sup>11</sup> *Sobre la ética de la Administración pública*, cit.

nos que realiza las funciones administrativas, al que se imponen deberes en cuanto persona, en sus relaciones con los demás titulares de los órganos públicos y con los ciudadanos.

#### *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 88 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 público<sup>12</sup>.

#### *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 objetividad<sup>13</sup>, les obliga a una colaboración con superiores, inferiores y otros funcionarios de menor 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.

#### *c) En relación con los administrados*

Hace ya muchos años, hice una angustiosa llamada en favor de quien constituye el centro del sistema: el ciudadano, el administrado<sup>14</sup>. Por solemne que sea el reconocimiento en la Constitución 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

<sup>12</sup> Y no a experiencia vital en sentido amplio, como considerara debe exigirse RODRÍGUEZ-ARANA, *Sobre la enseñanza*, cit., p. 23.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> *El administrado*, El Consultor de los Ayuntamientos, 1966.

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*<sup>15</sup>. 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.

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 ventanilla<sup>16</sup>.

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, obtiene 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"<sup>17</sup>.

En la reglamentación de la función pública, se consagra solemnemente el deber de los funcionarios de "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,

<sup>15</sup> pp. 46 y ss.

<sup>16</sup> 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".

<sup>17</sup> *Las campanas de Bicêtre*, Barcelona, 1962, p. 113.

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". 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"<sup>18</sup>.

Ante lo olvidado de estos elementales deberes no es extraño que en los programas de regeneración ética de la Administración se insista en la necesidad de que el funcionario elija la técnica que redunde en las mejores condiciones para los ciudadanos, "porque, en definitiva, son los auténticos dueños de todo el aparato público"<sup>19</sup>.

### 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 corrupción consiste, precisamente, en la utilización de potestades públicas para intereses particulares<sup>20</sup>, cualquiera que sea la forma de manifestarse, sea en beneficio propio o de un tercero, sea por razón de autoridad o por dinero o por otros beneficios. 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 actividad pública se olvida de los intereses públicos –o manifiestamente los infringe– en beneficio de los intereses de aquélla. Bien decidiendo expe-

<sup>18</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, "Las notificaciones del mes de agosto", RAP, núm. 61, p. 123.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, *Sobre la ética*, cit.

<sup>20</sup> Así, SABAN 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".

dientes 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.

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, adivinando las necesidades personales del servidor público, que seguirá con 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 –me atrevería a decir que ninguna– 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.

*e) 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 podrá 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, sea reflejo de un trabajo eficiente, 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– que ofrezca unas mínimas condiciones, cómodas, 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), sin que sólo llegue 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”.

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.ar. 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: Pero 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.

#### *c) Forma*

El cuidado de las formas es importante. Tan importante es que la mujer del César 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.

### **III.**

#### **Medidas encaminadas a garantizar un comportamiento ético**

##### **1. El Derecho administrativo garantiza el 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 inimagi-

nables en los orígenes del Derecho administrativo y la celeridad y eficacia en 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 la vía más diversas se ha buscado refugio en el Derecho privado para poder actuar más libremente y, por ende, con mayor eficacia<sup>21</sup>.

Ahora bien, 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 se 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 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 mas significativos de estas garantías.

## 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.

<sup>21</sup> 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.

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 en orden a la actividad que se ha de desempeñar.

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 públicas<sup>22</sup>.

La LAC ha establecido la obligación de los altos cargos de hacer dentro de los tres meses siguientes a la toma de posesión, de 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.

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 cónyuge (art. 6°).

El Registro de Bienes y Derechos patrimoniales, a diferencia del registro de actividades, tiene carácter reservado y sólo podrá accederse a él en la forma prevista en el artículo 8°, LAC:

"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".

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 Ordenamientos siste-

<sup>22</sup> GARCÍA-MEXIA, *Reflexiones al hilo del I Congreso internacional*, cit. p. 507.

mas 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 intimidad que, pese a ello, no vería alterado su contenido esencial?"<sup>23</sup>. 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 público<sup>24</sup>.

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 está las declaraciones de bienes (al acceder y cesar en un cargo público) y, para que esta cumpla 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 cesar en cargo público.

#### *b) Durante el cargo público*

Durante el desempeño del cargo público, el titular del órgano está sujeto a importantes limitaciones. Le está vedada 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 las medidas en que la función exija una mayor o menor dedicación.

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

<sup>23</sup> Así, GARCÍA-MEXIA, *Reflexiones*, cit. p. 509.

<sup>24</sup> 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.

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.

*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.

*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 prevén en orden a las conductas posteriores. Entre otras razones, porque el acceso a cargos bien remunerados en las grandes empresas suele ser la contraprestación 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, 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"<sup>25</sup>. Al elaborarse el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 sobre incompatibilidades de altos cargos, se propuso 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 precepto<sup>26</sup>.

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 servi-

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> En *El administrado*, Madrid, 1966, pp. 70 y s.

cios 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).

Estas prohibiciones –que ya se encontraban en términos análogos en el artículo 25/83– son manifiestamente insuficientes.

### 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 del administrador va a dirigirse hacia el interés público, y, por tanto, garantía de un comportamiento ético.

Los administradores han tratado de eludir de 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 bienes objetivos. 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 llegaba al Poder.

Pero el “sistema de botín” respondía a otras épocas. Ahora, ya no basta con usufructuar 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 trata 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 cualquier, permitiendo al Tribunal elegir que quiera.

#### *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 ello.

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.

#### *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 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.

#### **IV.**

### **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 concreta 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 ilegalidad 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".

Más cuando se trate de reaccionar frente a comportamientos no éticos, tan importantes como las medidas para borrar de la realidad el acto, están las encaminadas a exigir las responsabilidades en que hubiera podido incurrir la persona a la que puede imputarse.

Se da aquí una importante distinción entre políticos y funcionarios. Mientras que respecto de éstos existe un régimen disciplinario en el que se tipifican 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 más graves en aquéllos.

#### **2. Medidas administrativas**

Al examinar los supuestos más característicos de comportamientos no éticos, fui 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 por las faltas graves y muy graves es "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 periodo 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 del 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.

### 3. Medidas penales

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 a que pudieran dar lugar, se sancionen penalmente.

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 a 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.

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 fi-

nes. 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 períodos electorales. Como asimismo responden a finalidades en momentos muy oportunos para los políticos, el procesamiento y hasta la detención espectacular de alguna personalidad.

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

#### 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 algunas peculiaridades en orden al órgano judicial al que le atribuía competencia –que suponían un mayor grado– y al procedimiento.

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 corrupto<sup>27</sup>.

### V.

#### Epílogo

No se cambia la sociedad por decreto, se ha declarado<sup>28</sup>. 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 ase-

<sup>27</sup> 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, “Responsabilidad 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.

<sup>28</sup> Es el título de la obra de CROZIER, traducida al español por PRATS y publicada por el INAP en 1984.

gurar 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. Que es lo que, según hemos podido comprobar en el recorrido que hemos hecho de las distintas formas de actividad administrativa, vienen haciendo nuestro administradores.

Es necesario que los valores morales vuelvan a ser orientadores de la acción administrativa. 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 las gestiones 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.
- Cp = Código penal.