

Ética y responsabilidad en la Administración Pública

Fernando Irurzun Montoro
Abogado del Estado
f.irurzun@dsje.mju.es

Resumen

El presente artículo analiza algunas formas a través de las que la ética tiene relevancia en la ordenación de la función pública española. Se estudian los requisitos para el acceso a la función pública atendiendo a la conducta del ciudadano. También se hace alusión a la necesidad de mejorar el papel de la ética pública en los sistemas de acceso y formación de los funcionarios públicos. La regulación en nuestro ordenamiento del código de conducta de los empleados públicos se observa desde un punto de vista crítico. Finalmente, se examinan las deficiencias existentes en la regulación de los conflictos de intereses que afectan a los empleados públicos, proponiendo algunas vías de reforma.

Palabras clave

Ética. Función Pública. Códigos de Conducta. Conflictos de Intereses.

Ethic and responsibility in the Public Administration

Abstract

This paper analyzes some ways through which ethics is relevant in the regulation of the Spanish Civil Service. It refers to the requirements to access to the Civil Service, taking into account the citizen behavior. Also it suggests the necessity to improve the role of public ethics in the selection and in training of the civil servants. The regulation on the code of conduct is observed from a critical point of view. Finally, some deficiencies in the regulation on conflicts of interest that affect to civil servants are examined, and possible reforms are proposed.

Keywords

Ethic, Civil Service, Code of conduct, Conflicts of interest.

“Honrado. Íntegro. Moral. Recto. Se afirma de la persona que cumple con sus deberes profesionales; que no comete en ellos fraudes ni inmoralidades: <<Un probo funcionario>>” (Diccionario María Moliner)

No hay organización cuyo funcionamiento no descansa, en último término, sobre la voluntad y el comportamiento de los hombres y mujeres a los que aquél se encomienda. Aventurar una Administración pública del siglo XXI pensando en los principios burocráticos, organizativos y de control que las nuevas realidades demandan es imprescindible, pero tanto más es volver a reflexionar sobre las cualidades de las personas que forman parte y dirigen esa Administración. Si nos atenemos a las reformas legislativas de los últimos decenios del anterior siglo podría decirse que respecto de los empleados públicos sólo han preocupado sus cualidades técnicas, sus métodos de selección, su forma de designación y, en una tensión creciente, el papel que corresponde al funcionario profesional y al personal político de confianza.

A finales de los años 90 y, en especial en la primera década de este siglo, el incremento de los casos de corrupción o la proliferación de conflictos de intereses en las Administraciones públicas de todo el mundo occidental, hizo revivir en otras latitudes y también aquí una preocupación por las cualidades y el comportamiento de los funcionarios públicos. Puede resultar paradójico que, apenas tres años después de aprobado el Estatuto Básico del Empleado Público¹ (en adelante, EBEP), se vuelva en estas páginas sobre un aspecto de la ordenación de la función pública sobre el que se viene debatiendo durante los últimos quince años. Sin embargo, la sensación es que aún hay muchas razones para seguir prestándole atención.

Si los funcionarios están sujetos en su actuación al principio de legalidad, cuyo incumplimiento arrastra consecuencias jurídicas ¿queda algún un espacio para la ética en el ordenamiento administrativo?

Aunque la ética parezca haber aparecido de pronto en nuestra legislación, lo cierto es que, como intentaré exponer seguidamente, no es tan nueva entre nosotros la atención por las cualidades de los empleados públicos y su capacidad para ser dignos de confianza. Con sus defectos e imperfecciones, lo cierto es que cuando se analiza nuestro derecho de la función pública se advierten algunas preocupaciones por el sentido ético de la función pública. Otros elementos son, es cierto, de nuevo cuño, pues se han incorporado a nuestro Derecho con ocasión de la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público que, no obstante, deja todavía espacio para una acción más decidida en el necesario refuerzo de la calidad de los servidores públicos.

Me voy a referir seguidamente a estos diferentes elementos, analizando sólo algunos aspectos de nuestro régimen jurídico, sin pretender ser exhaustivo. Lo haré intentando hacer compatibles dos ámbitos, ética y normas jurídicas, que aparecen

entrelazados y que pueden ser complementarios. La doctrina, dejando al lado otras posiciones más críticas, se ha movido entre quienes ponen el acento en el aspecto estrictamente normativo² y los planteamientos más propios de la ciencia administrativa o de la filosofía. Respetando tales planteamientos, me propongo subrayar que, en muchas ocasiones, la ética o las cualidades éticas del funcionario aparecen como objetivo o finalidad perseguida por la norma jurídica, sin que ese paso a lo normativo nos deba hacer perder de vista ni minusvalorar el fin perseguido. Ello llevará en ciertos casos a extraer las máximas consecuencias de esa apuesta, elevando a mandato jurídico, con efectos plenos y sanciones máximas, un contenido mínimo ético. Por el contrario, en otros casos, la norma jurídica no es sino un mero sustento instrumental o de respaldo al desenvolvimiento de la ética profesional que no pierde por ello su propia naturaleza. Sea con una u otra forma, ahí están presentes unas bases o fundamentos éticos de la función pública por los que conviene apostar.

Conviene, antes del análisis de los elementos propuestos, salir al paso de algunos prejuicios que surgen, casi como reacción inmediata, cuando entre nosotros se alude a ética, moral cívica, u otros conceptos semejantes. Las reticencias no tienen, por cierto, un solo color político. Desde un lado, se levanta una sospecha contra cualquier utilización de criterios valorativos de la conducta, por miedo a que a través de ellos se introduzca lo que debe formar parte de la moral individual, sea religiosa o aconfesional. Desde el lado contrario, cualquier intento de construir un sistema de valores que pueda sentirse como común por a la ciudadanía y construirse desde las instituciones democráticas se considera bien una intromisión en el ámbito de otras instancias, o bien como un peligro de laicización de la sociedad. Venimos de un pasado difícil y por ello es comprensible tanto equívoco y, en ocasiones, desmesura. Todavía en los primeros años noventa, en mi actuación profesional defendiendo al Estado empleador en los Juzgados de lo Social de Madrid, tuve ocasión de aportar a la Sala el expediente personal de una trabajadora, del que formaba parte el certificado de su adhesión –y la de su familia– a los principios del Movimiento, que fue imprescindible para acceder al empleo público.

Pero, a pesar de tan difícil pasado, va siendo hora de reconocer que “en la Constitución española hay elementos más que suficientes para dar apoyo riguroso a las exigencias de una Ética Pública” (Lorenzo Martín-Retortillo³), advirtiendo, no obstante, de los riesgos frente a los que hay que estar prevenidos en su definición⁴. También en el ámbito de la aplicación del derecho aparecen llamadas a ese común entendimiento de los valores de la sociedad, más allá de la pura legalidad. Valgan un par de ejemplos. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 151/1999, de 14 de septiembre, aludirá a la exigencia de “*cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función*

2 Ver José Luis Carro Fernández-Valmayor, “Ética Pública y normativa administrativa”. RAP nº 181, enero-abril 2010.

3 Lorenzo Martín-Retortillo, Jornadas sobre ética pública, MAP 1997, p. 42.

4 Me refiero a sus llamadas de atención a toda tentativa de confesionalidad o puritanismo en su configuración.

pública”, o “*las reglas éticas de la neutralidad y la transparencia*”. De forma más genérica, el Tribunal empleará, incluso, la expresión moral cívica de una sociedad abierta y democrática en relación con la libertad de expresión (STC 235/2007).

Al aludir a la ética de la Administración pública me ocuparé fundamentalmente de los funcionarios o empleados públicos, dejando al margen lo que concierne a los miembros del Gobierno y los altos cargos, a los que el ordenamiento jurídico español ha preferido dar un trato diferente. Ello no significa que no me parezca relevante su papel en la regeneración de nuestra Administración. Antes al contrario, difícil será la lucha por una ética profesional del funcionario público, si quienes están constitucionalmente llamados a dirigir la Administración no son rigurosos y ejemplares en su comportamiento. Sin embargo, como distingue la Constitución, Gobierno y Administración son instituciones distintas y también lo son la ética del político y la del funcionario profesional, sometidos, además, a diferentes sistemas de responsabilidad y de rendición de cuentas de sus actos. Insisto que me parecen capitales las exigencias que debemos imponer en el nivel de la “confianza política”, pero creo que es fundamental lo que se pueda hacer en relación con los empleados públicos, porque su carácter profesional, en el mas amplio sentido del término, pueden ser también la mejor medida preventiva contra cualquier tendencia o desviación en el comportamiento de quienes los dirigen.

Paso ya, sin más preámbulo, a repasar esos aspectos de la preocupación por la ética de los funcionarios. Alguno de ellos nada explícito, como es el referido a los requisitos de acceso a la función pública y la rehabilitación del funcionario. Otros lo son de forma abierta y han cobrado actualidad como los denominados códigos de conducta. Mi propósito es también llamar la atención sobre el camino que debiera explorarse en dos ámbitos todavía poco transitados: la formación en ética profesional y la resolución de los conflictos de intereses de los funcionarios. Se trata en todos los supuestos de mecanismos que, a mi entender, demandan ser intensificados en una Administración pública que debe reforzar su legitimidad no sólo por la vía del Derecho o de la eficiencia sino, también, de la autoridad moral de quienes ejercen las funciones que tiene encomendadas.

I. LA PREOCUPACIÓN POR LAS CUALIDADES ÉTICAS AL REGULAR LA CAPACIDAD PARA EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Aunque haya sido raramente advertido, al regular las condiciones de capacidad o requisitos para el acceso al empleo o a la función pública, nuestro derecho ha prestado tradicionalmente atención a la conducta previa del aspirante. Manifiesta así el legislador una primera prevención sobre las cualidades que haya demostrado el aspirante, desde la perspectiva ética. Bien es cierto que ese “mínimo ético” aparece definido actualmente con un criterio no excesivamente elevado, como seguidamente veremos. No es que hayamos puesto el listón muy alto, pero hay en todo caso una prevención hacía quien ha incurrido anteriormente en determinadas conductas que

no le harían merecedor de la confianza que requiere el desempeño de cargos o empleos públicos. Y es que, como señalara el Tribunal Constitucional en su sentencia 151/1999, de 14 de septiembre, es necesario que *“los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de la gente”*. Veamos ya en qué forma ha previsto el legislador ese mínimo ético exigible.

1. Sobre el acceso a la función pública

El vigente artículo 56 del Estatuto Básico del Empleado Público establece, entre los requisitos para poder participar en los procesos selectivos (apartado 1.d)), *“[N]o haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado.”*

Precepto, continuador de la regulación contenida con anterioridad en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que distingue dos causas distintas de incapacidad para el acceso a la función pública. La vinculada a la existencia de una resolución judicial que imponga la pena de inhabilitación absoluta o especial tiene efectos durante la vigencia de dicha medida (*“hallarse en”*), por lo que se trata de la mera aplicación en el ámbito administrativo de los efectos de la pena impuesta.

Junto a este supuesto, el mismo apartado recoge una segunda causa de incapacidad (*“No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas”*), en la que no se trata ya de los efectos de la sanción disciplinaria, sino que, más allá de la medida sancionadora, los efectos se proyectan indefinidamente en el tiempo, impidiendo el futuro acceso a la función pública.

Con independencia de las particularidades y cuestiones que plantea dicha disposición y su aplicación, lo que ahora quiero destacar es que estamos en presencia de una causa de incapacidad para el acceso al empleo público (falta de la capacidad jurídica administrativa específica), que encuentra fundamento en la exigencia de unas cualidades éticas mínimas al servidor público que no concurre en quien ha sido previamente separado de la función pública por razones disciplinarias. En otras palabras, quien ha sido separado del servicio público por infringir gravemente sus obligaciones no puede considerarse éticamente capacitado para volver a desempeñar funciones públicas.

Podría cuestionarse hasta qué punto tiene sentido que una prevención semejante no se aplique también a quien ha sido separado por resolución judicial en virtud de una pena de inhabilitación por delito cometido en el ejercicio de la función o empleo

público. Probablemente pese en el legislador administrativo un erróneo entendimiento del contenido de los artículos 41 y 42 del Código Penal. El resultado es que son mayores las prevenciones frente al infractor administrativo que frente al infractor penal, lo que no deja de ser contradictorio y desproporcionado. Algo sobre lo que advirtió la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, proponiendo el establecimiento de un límite temporal a dicha causa de incapacidad para el acceso a la función pública (apartado 39 de su Informe). Incoherencia que tampoco pasó desapercibida en los primeros borradores del EBEP, pues el denominado Segundo borrador amplió la causa de incapacidad para el acceso a la función pública a los que hubieran sido condenados a la pena de inhabilitación para cargo o empleo público.

Regulaciones semejantes, y generalmente de mayor alcance, se prevén en el derecho comparado. Un buen ejemplo lo encontramos en el Estatuto de los funcionarios y otros agentes de la Unión Europea (Texto consolidado sin valor jurídico oficial de fecha 14 de julio de 2009), cuyo artículo 28 c), establece como requisito de los candidatos que *“ofrezcan las garantías de moralidad requeridas para el ejercicio de sus funciones”*. Se establece un requisito de contornos más amplios que el de nuestro Derecho, para hablar claramente de *“garantías de moralidad”*, pero al mismo tiempo más preciso o concreto, pues se vincula directamente a las funciones a ejercer, por lo que no necesariamente las conductas merecedoras de reproche que incapacitan para el acceso a la función pública comunitaria serán siempre las mismas, modulando su alcance en atención al puesto o función a la que se aspira.

Un principio de proporcionalidad que, en este concreto aspecto, está ausente de nuestra regulación de la función pública, que parte de una regla general que no es susceptible de ser modulada en atención a la diferente cualidad de las tareas a las que está llamado el funcionario público.

Ese rasgo, aunque con otros caracteres, está también presente en la legislación francesa, cuya Ley de derechos y obligaciones de los funcionarios (ley 13 de julio de 1983, objeto de numerosas modificaciones posteriores), impide al acceso a la condición de funcionario si el aspirante tiene antecedentes penales (de los que son objeto del boletín nº 2 del registro de antecedentes penales) que sean incompatibles con el ejercicio de las funciones. En este caso, no sólo estamos ante los estrictos efectos de las penas impuestas que lleven aparejada la pérdida de la condición de funcionario o la inhabilitación de su ejercicio, sino que la tenencia de antecedentes penales inscritos, en tanto que no hayan sido objeto de cancelación conforme al régimen legal específico, incapacitan para el acceso a la condición de funcionario si ello resulta incompatible con el ejercicio de la función.

He aquí un primer ejemplo de la perspectiva ética de nuestra ordenación de la función pública, que en este caso se ha elevado a norma jurídica, para modular la capacidad administrativa requerida para el acceso al empleo público, intentando reservar éste a quien no ha merecido previamente un reproche ético grave en su comportamiento.

2. Sobre la pérdida de la condición de funcionario por determinados comportamientos y la discutible regulación de la rehabilitación

Si en el apartado anterior me he referido a la capacidad jurídica desde la perspectiva del acceso, me voy a referir ahora al mantenimiento de esa capacidad durante la relación de empleo una vez constituida. Relación que se extingue, entre otras causas, en los supuestos de sanción de separación del servicio y en caso de condena a las penas de inhabilitación absoluta o especial para cargo o empleo público. Refiriéndome a esta última causa de extinción de la relación jurídica, la regulación que se contiene en el artículo 66 EBFP, no hace sino reproducir estrictamente lo previsto en los artículos 41 y 42 del Código Penal, privando definitivamente del empleo público que se ostenta en el momento en que la condena adquiere firmeza. No hay, por tanto, en esta regulación ningún efecto administrativo de la sanción penal que esté inspirado en razones preventivas. Se trata, en palabras del Tribunal Supremo, de *“una condición resolutoria de la [relación funcional].... que es coherente con la pérdida sobrevenida que supone de la aptitud para desempeñar funciones públicas”* (entre otras, Sentencia de 5 de febrero de 2007).

Regulación que, por otro lado, no hace sino reproducir el régimen previsto en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (artículo 37). El funcionario perdía, como consecuencia de la condena penal, su condición de tal y, una vez superado el tiempo de condena, si quería o quiere volver a la Función pública ha de empezar de cero, siendo aspirante y presentándose al oportuno proceso selectivo. Intento de volver a la Administración que, como ya he señalado, no es posible para el sancionado administrativamente con la separación del servicio.

Partiendo de esta descripción, sobre lo que quisiera llamar ahora la atención no es sobre lo que es mero efecto de la condena, sino sobre el cambio de orientación de nuestro Legislador, a partir del año 1997, con la entrada en vigor de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado⁵, que introdujo la figura de la “rehabilitación” del funcionario previamente inhabilitado. La posibilidad de rehabilitación aparecía contemplada en la legislación de régimen local e incluso (lo que resulta todavía más chocante) en la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto de los miembros del poder judicial condenados por delitos dolosos, pero no existía un régimen equivalente respecto de los funcionarios civiles del Estado.

Dicha modificación, que seguidamente valoraré desde la perspectiva de la ética profesional, ha sido reproducida en el artículo 68 EBFP, si bien el legislador básico se ha cuidado ahora de determinar el carácter negativo del silencio administrativo frente a la solicitud de rehabilitación, como reacción a las sentencias dictadas en los últimos años por el Tribunal Supremo que venían concediendo la rehabilitación por efecto del silencio administrativo positivo (entre otras, sentencia de 4 de marzo de 2010).

5 Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

A través de la rehabilitación se permite que el funcionario recupere su condición, con carácter excepcional –se cuida de decir la Ley–. Más allá de los requisitos y criterios fijados para conceder la rehabilitación, lo que quiero subrayar es el sentido “equívoco” o la señal contradictoria que, en términos de refuerzo de la ética pública, implica la rehabilitación del funcionario previamente condenado. Tanto más llamativo cuanto que, al igual que ocurre con los requisitos de acceso a la función pública, la rehabilitación se ha previsto respecto del funcionario inhabilitado penalmente y está vedada al funcionario separado por sanción disciplinaria. De suerte que, también en este caso, el incumplidor de mayor gravedad –al menos teórica, por el mayor reproche que supone la sanción penal frente a la administrativa– puede recuperar su empleo público, lo que nunca podrá hacer, ni siquiera por vía de un nuevo procedimiento de acceso a la función pública el separado administrativamente.

La razón de semejante cambio legislativo se encuentra en una enmienda al proyecto de Ley de Acompañamiento, presentada por el Grupo de Convergencia i Unió, justificada, junto a otras razones, con “el fin de solventar situaciones concretas claramente injustas o excesivas”, entre las que se destaca el caso de “funcionarios condenados por razones de objeción de conciencia”. Justificación que parece evocar la oportunidad de dar respuesta a la situación de aquellos funcionarios condenados por negarse a realizar la prestación social sustitutoria al servicio militar, una vez desaparecido el carácter obligatorio de este último. Lo cierto es que la respuesta a una situación concreta y excepcional se va a hacer por la vía de un régimen general produciendo, a mi juicio, unos efectos indeseables.

Con ocasión del Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública de 1998, el Consejo de Estado en su dictamen 1489/1998, puso de manifiesto, aunque muy cautelosamente, que la rehabilitación de los funcionarios condenados a pena de inhabilitación podía entrar en contradicción con el tenor de los artículos 41 y 42 del Código Penal, que se refieren a la “privación definitiva” del empleo o cargo, resaltando “el significado de aquella adjetivación inexistente en el texto de 1973”. Concluía el Alto Órgano Consultivo que en estos casos “no debería operar una rehabilitación cuyo ámbito genuino se halla más bien en las sanciones disciplinarias” y advertía de la necesidad de “una reflexión adicional para que el juego de las prescripciones proyectadas...no lleve a resultados sorprendentes, cuando no paradójicos o de difícil conciliación racional y razonable”.

El vigente EBEP ha retomado, en este punto, la legislación anterior. El caso es que las situaciones paradójicas o sorprendentes sobre las que prevenía el Consejo de Estado son una realidad que, si bien es de esperar del buen juicio de las Administraciones públicas que no sean cotidianas, es, en todo caso, un riesgo evidente para la buena calidad ética de nuestras Administraciones. Baste pensar que, por paradójico que resulte, nuestro EBEP abre la puerta a que el funcionario condenado por prevaricación recupere su puesto de trabajo, sin mayor trámite que el de una solicitud y una decisión administrativa, tan pronto como haya transcurrido el plazo de duración de la condena, mientras que el funcionario sancionado administrativamente por una in-

fracción muy grave, pero que no constituye delito, no tendrá oportunidad de recuperar su puesto de trabajo, ni tampoco de volver a acceder a la función pública. Unas consecuencias que, en los casos más graves, pueden resultar acertadas desde la perspectiva de la necesaria protección de la confianza que requiere la función pública. Pero que, sin embargo, no guardan la debida coherencia interna en relación con el mejor trato dado a los condenados penalmente.

Si atendemos a la aplicación real de la norma, del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al margen del problema aludido sobre la estimación por silencio administrativo, se aprecia una línea general de confirmación del acto desestimatorio de la rehabilitación, con fundamento en la vinculación de la conducta penada con el desempeño de la función pública y el daño causado a la imagen de ésta. Sólo muy excepcionalmente se revoca el acto desestimatorio, atendiendo a las concretas circunstancias del caso y el carácter aislado y de menor gravedad de la infracción penal (ver, por ejemplo, sentencia de 14 de junio de 2004). Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta jurisprudencia es sólo una parte de la imagen, la que se deduce de la impugnación de los acuerdos del Consejo de Ministros que desestiman la concesión de la rehabilitación, pero para evaluar seriamente el uso o abuso que las Administraciones puedan estar haciendo de la rehabilitación sería necesario analizar el conjunto de las resoluciones administrativas dictadas por todas las Administraciones públicas, lo que a fecha de hoy no resulta factible.

En suma, la tendencia del Legislador a tener en cuenta la conducta de los aspirantes al empleo público, descartando de su seno a quienes han sido separados por expediente disciplinario o han sido condenados a la pena de inhabilitación, encuentra luego excepciones a través de la rehabilitación que pueden beneficiar a estos últimos pero de las que están excluidos los primeros. Se incurre así en una cierta incongruencia del sistema de función pública, al tiempo que se lanza un mensaje cuanto menos equívoco al permitir la vía de excepcional de reincorporación cuasi discrecional de los condenados penalmente, mediante una regulación que no garantiza, precisamente, la transparencia. Un aspecto en el que, por tanto, deberíamos hacer un esfuerzo de mejora de la calidad normativa y de clarificación del mensaje que se envía desde los poderes públicos tanto al empleado público como a la ciudadanía que, en último término, deposita su confianza en esos funcionarios.

3. Las dudas sobre la constitucionalidad de la apreciación de la conducta o antecedentes de un ciudadano en el ámbito de la función pública

Cuando hablamos de la suficiencia de las fórmulas vigentes en lo que se refiere a la consideración de la conducta de un ciudadano como requisito del acceso a funciones públicas, no tardará en suscitarse la duda sobre su constitucionalidad, algo sobre lo que ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, aunque sea de forma parcial. Una primera ocasión la brindó el asunto resuelto por la sentencia 114/1987, de 6 de julio, que no guarda relación con el nacimiento o extinción de la rela-

ción de empleo público, sino con el derecho a una pensión de clases pasivas, presentada por un militar voluntario expulsado de la Legión como consecuencia de una condena por tráfico de estupefacientes. La pensión había sido denegada al apreciar que el solicitante no cumplía el requisito de buena conducta previsto en la Ley aplicable.

La sentencia se pronunciará sobre la existencia de discriminación, por entender que la ley no puede vincular el nacimiento del derecho a una pensión de retiro o de jubilación *“a la observancia de ciertas condiciones que, como la buena conducta, no guardan relación razonable de causalidad con la finalidad perseguida y que, en cuanto que permiten diferenciar entre unos y otros ciudadanos españoles, introducen desigualdades de trato contrarias a lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución”*. El Tribunal considera que no hay una razonable vinculación entre dicho requisito y el derecho en cuestión (la percepción de una pensión de seguridad social).

Sin embargo, con independencia de esa apreciación de trato discriminatorio en la norma legal aplicable, no hay en la sentencia constitucional una descalificación, sino todo lo contrario, de la consideración de la conducta o comportamiento ético del ciudadano en determinadas relaciones o situaciones jurídicas. Así, el fundamento jurídico cuarto de la sentencia comienza por enmarcar la buena conducta en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, observando que *“la referencia normativa a la buena conducta”* no es *“la más afortunada”*, y advirtiendo que en sus numerosas previsiones, *“no todas ellas parecen referirse al mismo concepto, aunque utilicen la misma expresión, que en todo caso es susceptible de interpretaciones diversas”*. Se seguirá distinguiendo entre su significado *“más abstracto -y también más común-, aquel deber hace referencia no tanto a la actuación del ciudadano en el seno de relaciones jurídicas concretas, cuanto al comportamiento global del individuo, incluso en sus relaciones privadas, enjuiciable desde una perspectiva metajurídica, de acuerdo con los valores morales arraigados o con las pautas de conducta, sea de la colectividad en su conjunto, sea de grupos sociales más restringidos”*, y un *“sentido más restrictivo”*, en el que *“la inobservancia de buena conducta puede interpretarse como comportamiento ilícito y antijurídico del sujeto afectado”*.

En su resolución el Tribunal Constitucional establece una diferenciación entre las consecuencias penales o sancionadoras de una conducta, y la relevancia que esa misma conducta pueda tener desde otras perspectivas: *“el ordenamiento puede anudar legítimamente en ciertos supuestos determinadas consecuencias gravosas al incumplimiento de deberes jurídicos explícitos de trascendencia pública, genéricamente descritos como deber de observancia de buena conducta, cuando así lo exija razonablemente el interés público que con ello pretende protegerse”*. De donde se concluye que no es cierto que de la conducta ilícita del sujeto sólo quepan extraer las consecuencias establecidas en la norma penal o sancionadora.

Ahora bien, el Tribunal no legitima cualquier consecuencia querida por el legislador sino que *“el principio de igualdad impone como canon de su constitucionalidad que la exigencia normativa de buena conducta guarde una directa y razonable relación con*

la finalidad perseguida por la misma norma o con las consecuencias jurídicas concretas que se deriven de su incumplimiento, pues, en caso contrario, introduciría un factor de diferenciación que habría que calificar de discriminatorio”.

De ahí que la sentencia aluda a los efectos que la condena penal podría tener sobre la continuidad de la relación de servicios del militar profesional y los que debería tener respecto de la percepción de sus haberes pasivos: *“Si la exigencia de buena conducta en las relaciones de sujeción especial que aquella Ley regula podría tener una justificación objetiva y razonable en relación con la tutela de la disciplina, la cohesión o la imagen pública de la institución considerada, de la que podrían derivarse legítimas consecuencias en orden, por ejemplo, a la permanencia de los voluntarios en el servicio activo, no la tiene, en cambio, como requisito necesario para el nacimiento del derecho a pensión. Aquel requisito es completamente extraño a esta finalidad, lo que se demuestra no sólo por el hecho de que en otros ámbitos laborales o funcionariales, incluso en la organización militar, el comportamiento antijurídico de los interesados carece de toda relevancia en lo que concierne a sus derechos pasivos o de jubilación”.*

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional en las sentencias 174 y 206/1996, de 11 de noviembre y 26 de diciembre de 1996⁶, se pronunciará sobre la consideración de los antecedentes penales para el acceso a una función pública, si bien que la que se establece entre el Estado y quienes ejercen el poder judicial. Ambas sentencias se refieren al mismo caso, el de un abogado que supera un concurso para cubrir vacantes de magistrados entre juristas de reconocida competencia, y es excluido por el Consejo General del Poder Judicial de la propuesta de nombramiento como magistrado, atendiendo a que había sido previamente condenado por estafa en el ejercicio de la abogacía.

En la demanda de amparo se alegaba vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 14, 23.2 y 26 CE. La sentencia rechaza, de entrada, cualquier vulneración del artículo 26 de la Constitución, afirmando que *“la decisión adoptada por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial... derivada de una conducta antecedente, no implica un juicio en conciencia sobre el honor de aquél ni responde a las convicciones personales de los juzgadores sobre los deberes inmanentes a un indefinido honor corporativo, sino que, muy al contrario, es una resolución adoptada con una motivación explícita y un soporte objetivo que el Consejo encuentra (acierta o no, y eso poco importa en este momento liminar) en la Ley Orgánica del Poder Judicial (STC 93/1992 y ATC 781/1985)”.*

Desde la perspectiva del artículo 23.2 CE reconocerá el Tribunal la relevancia que puede tener para el acceso a la función judicial la conducta precedente del aspirante, el *“modo en que dicho desempeño profesional haya sido desarrollado, a la luz de las normas deontológicas correspondientes, por la dimensión ética de la figura*

⁶ Referidas al mismo asunto, pero los recursos de amparo se presentaron frente a dos sentencias del Tribunal Supremo, una resolviendo en procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales y otra el procedimiento ordinario.

del Juez”, tanto “los comportamientos con repercusión disciplinaria” como “con mucha más razón..aquellos que por su trascendencia social desencadenen el reproche pena”. Si bien, en el caso concreto del recurrente, se reconocerá el amparo por la circunstancia de que los antecedentes penales habían sido cancelados, afirmando que el *“ese demérito tiene que ser efectivo y actual, no un recuerdo o mera sombra del pasado”,* pues otra *“solución chocaría frontalmente con el art. 25.2 CE y con la orientación que atribuye a las penas, cuya finalidad trascendente es la reinserción social”.*

La sentencia, aunque discutible en la conclusión final que alcanza en el caso concreto⁷, reconoce la legitimidad constitucional de valorar las cualidades éticas de quien aspira a acceder a una función pública, como la que encarnan los titulares del poder judicial.

4. Algunas vías a explorar para mejorar la regulación de la capacidad para ser empleado público

Descrito el panorama normativo y los límites que impone la Constitución, conviene apuntar algunas posibles reformas de nuestra legislación en lo que concierne a la determinación de las cualidades éticas de los aspirantes a funcionario. Ya dije antes que lo que exige el derecho vigente no es mucho, aunque no necesariamente la mejora pase por ser más estrictos en las condiciones previstas.

Aunque alguna vez se ha insinuado la posibilidad de realizar una “evaluación de las capacidades y valores ético-administrativos de los aspirantes” (José Caamaño Alegre⁸), desde mi punto de vista no es esa una vía adecuada, no sólo por las dificultades de su aplicación práctica⁹, sino porque de lo que se trata es de definir con certeza los criterios de capacidad que se exigen. Probemos, por tanto, a mejorar la forma y el contenido de la definición de esa capacidad.

Como se ha podido comprobar en el repaso realizado en los párrafos precedentes hay actualmente una grave incoherencia legislativa que -si se permite cierta simplificación expositiva- hace de mejor condición a quien ha merecido el reproche penal que a quien ha sido acreedor al reproche administrativo. Incongruencia que se proyecta, además, de dos maneras distintas, tanto en lo que se refiere a la capacidad para el acceso al empleo público, como en lo que respecta a la posibilidad de la rehabilitación.

⁷ Me remito a mi análisis más detallado de ambas sentencias en “Honorabilidad como requisito para el ejercicio de profesiones financieras y otras actividades”, Aranzadi 2007.

⁸ José Caamaño Alegre, “Incentivar la virtud pública: un decálogo de propuestas viable”, en “Ética Pública. Desafíos y propuestas”, Antonio Izquierdo Escribano y Santiago Lago Peñas (eds), Ed. Bellaterra, pág. 157.

⁹ Dificultades que apunta Caamaño Alegre, desde la perspectiva del principio de objetividad y el papel de los órganos de selección.

Reparar esa contradictoria respuesta normativa, que daña sin duda el estímulo al comportamiento ético del funcionario, exige una previa definición de lo que podemos denominar “mínimo ético exigible” para ser merecedor de la confianza que el desempeño de funciones públicas exige: ¿son suficientes las actuales cautelas sólo referidas a los separados administrativamente por sanción disciplinaria? ¿No deberíamos extender esas cautelas a quienes han sido condenados por determinados delitos, aunque hayan ya cumplido su pena?

Tanto en el caso de los sancionados administrativamente –recuerdo que hoy están incapacitados de por vida para el acceso al empleo público–, como en el caso de los condenados penalmente, si se optara por establecer nuevas causas de incapacidad respecto de ellos, habrá que plantearse la duración de tales incapacidades. Al hacerlo, habrá de tenerse en cuenta la necesidad de conciliar la protección de los intereses públicos, cuya gestión se confía en mayor o menor medida al empleado público, con otros principios o derechos constitucionales. Hoy nos movemos entre la perpetuidad de los efectos de la separación de servicios por sanción disciplinaria y la inmediatez de la recuperación de la capacidad una vez cumplida la pena de inhabilitación, lo que es, además de incongruente, insatisfactorio. Lo razonable, a mi modo de ver, sería establecer una prevención aplicable a los separados judicial y administrativamente, pero limitadas en el tiempo, en función de la gravedad de los ilícitos cometidos y de los riesgos inherentes a la entidad de las funciones públicas a las que se pueda querer acceder de nuevo.

Punto este último que me conduce a otra vertiente de la regulación sobre la que considero necesario alguna mayor reflexión: ¿tiene sentido que sean las mismas prevenciones las que se tienen en cuenta para ser un empleado público que realizara tareas de auxilio administrativo que las aplicables a un funcionario cualificado que, por ejemplo, va a tener por misión el control del gasto público o la inspección del comportamiento de los ciudadanos? Sinceramente creo que no y en este punto la indiferenciación por la que opta la normativa española, frente a los ejemplos ofrecidos de otros ordenamientos, dista de merecer una valoración positiva.

Finalizo este primer apartado con una llamada de atención sobre la regulación recientemente ratificada en materia de rehabilitación de los funcionarios inhabilitados penalmente. A mi modo de ver dicha rehabilitación es una suerte de “medida de gracia” administrativa que es difícilmente compatible con el sentido dado a la pena de inhabilitación en el Código Penal. Reconozco que la reforma de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1997 pudo responder a una situación muy específica y que no faltaran casos personales excepcionales, pero tanto uno como otros, hubieran merecido la respuesta habitual en estos casos, del indulto parcial (del que, por cierto, se hizo uso poco después de la reforma de 1997 para permitir la reincorporación a la función pública de una persona condenada de notoriedad política). Al margen de la discusión sobre la idoneidad de una u otra técnica legal, es lo cierto que el indulto incorpora una obligación de transparencia en el ejercicio de la “facultad de gracia” del que carece, al menos por el momento, el procedimiento administrativo

de rehabilitación, lo que no es poca cosa teniendo en cuenta las implicaciones de su ejercicio.

En todo caso, es de destacar el riesgo que la rehabilitación comporta en relación con la motivación o estímulo al cumplimiento de la norma y al comportamiento ético de los profesionales, que repercute directamente sobre la imagen y reputación del conjunto del sistema de empleo público. Más aún cuando su aplicación se reserva a los ilícitos más graves (los que merecen consideración penal) y se excluye en los que aún siendo de máxima gravedad sólo tienen reproche disciplinario. No estaría, por tanto, de más una reforma, cuando no supresión, de la actual conformación de la rehabilitación para el separado disciplinaria o penalmente del servicio.

II. ÉTICA EN LA SELECCIÓN Y FORMACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Tras repasar el alcance que nuestro Derecho ha dado a las cualidades éticas del ciudadano al regular su capacidad para el acceso a un empleo público, quisiera referirme, siguiendo un orden casi cronológico en la vida del funcionario, a la atención o desatención que a la ética profesional se le ha dado en los sistemas de selección y en la formación de los empleados públicos.

Habrá quien sostenga que de poco servirá tener en cuenta contenidos de ética pública en la selección y formación de funcionarios frente a quien está dispuesto a actuar en contra de la Ley. Al margen de que algunos mantengamos todavía algo de confianza en los efectos positivos y preventivos que tiene la pedagogía de los valores, lo cierto es que no se trata de “interponer” normas éticas frente a los comportamientos ilícitos, aunque en alguna ocasión pueda resultar eficaz como mecanismo preventivo, sino de otorgarles un sentido complementario¹⁰. El papel de la ética profesional no es tanto el servir de freno al comportamiento abiertamente ilegal, sino el de procurar que el funcionario cuente en su trabajo diario con las herramientas necesarias para decidir en un caso concreto por el comportamiento que resulta más conforme a lo que de él espera una sociedad democrática.

1. Los contenidos éticos en los conocimientos exigidos en los procesos de selección de los empleados públicos

Pues bien, un examen de las previsiones de nuestro ordenamiento en lo que se refiere a la componente ética o deontológica del funcionario en el marco de las pruebas de acceso al empleo público permitiría concluir que no es ese un contenido que importe a la Administración. Los temarios de las pruebas de acceso a los distintos Cuerpos de funcionarios son un buen compendio de la exigencia de saberes propios del positivismo jurídico, de las teorías económicas, de las reglas técnicas pro-

pias de la profesión de que se trate o de las últimas modas en materia de sociología y teoría política. Sin embargo, la generalidad de esos temarios guarda absoluto silencio, o en el mejor de los casos dedica un epígrafe de un tema, sobre los valores que deben presidir la conducta del ciudadano a partir del día en que accede a la función pública.

No faltarán, de nuevo, los defensores de una mal entendida neutralidad política que lanzarán prevenciones sobre cualquier contenido selectivo en el que se pueda introducir la exigencia de conocimientos que guarden relación con la ética profesional. Y habrá que evitar, sin duda, cualquier desviación o error en los contenidos y en su valoración durante las pruebas de acceso. No será una tarea sencilla, por lo que quizás lo más conveniente sea comenzar por exigir sólo conocimientos de ética pública, sin aspirar a una “evaluación de las capacidades y valores ético-administrativos de los aspirantes”¹¹ por unos órganos de selección que difícilmente podrán hacer esa evaluación con las necesarias exigencias de objetividad.

Dicho esto, parece que si queremos edificar sobre sólidos cimientos cualquier intento de elevar la calidad ética de nuestras Administraciones públicas y sus servidores, lo ideal es ser consecuentes desde el inicio, y exigir y valorar algunos conocimientos teóricos sobre los principios que deben guiar el comportamiento de los empleados públicos.

Tampoco el repaso de lo que se está haciendo después del proceso selectivo, en la formación del funcionario en prácticas, permite sentirse mucho más satisfechos. Y aquí, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de selección, las posibilidades de organizar acciones formativas dirigidas a dotar al recién aprobado de conocimientos, capacidades y valores para desempeñar su labor éticamente son enormes.

Los cursos de formación para funcionarios siguen siendo, no obstante los esfuerzos y las medidas que en algunos casos se han llevado a cabo, una repetición o un complemento de los conocimientos teóricos exigidos para el acceso a la función pública y una adquisición de habilidades prácticas para el desempeño de las tareas atribuidas. Aunque ello sea necesario, sería bueno incorporar también a ese primer contacto del ciudadano con la Administración a la que va a prestar servicios, la transmisión de determinados valores éticos que tienen que ver con “el sentido del servicio público y sus valores, el compromiso con las tareas y funciones del poder público” (Fernando Sainz Moreno¹²), pues así “se inculcan los buenos hábitos antes de que se aprendan los malos” (Lord Nolan¹³).

11 José Caamaño Alegre, “Incentivar la virtud pública: un decálogo de propuestas viable”, en “Ética Pública. Desafíos y propuestas”, Antonio Izquierdo Escribano y Santiago Lago Peñas (eds), Ed. Bellaterra, pág. 157.

12 Fernando Sainz Moreno, “Ética Pública Positiva”, en “Estudios para la reforma de la Administración Pública”, INAP, 2004, pág. 517.

13 Lord Nolan, Jornadas sobre ética pública, MAP 1997, p. 32.

2. Algunos valores que convendría recordar al funcionario o empleado público recién incorporado

En ese primer encuentro en el seno de una organización que está al servicio de los ciudadanos y de los intereses generales, hay algunos elementos sobre los que todo lo que se haga será siempre insuficiente, pero que, precisamente por ello, la clave está en ser constantes.

Me refiero, por un lado, a la pedagogía sobre el sentido y finalidad de la Administración pública. Bien están las disposiciones constitucionales y la proclamación de determinados deberes y principios en el EBFP, pero habrá, sobre todo, que educar al funcionario, desde su acceso y durante toda su vida profesional en el sentido de su función. No será garantía de nada pero habrá que reconocer que nuestro actual sistema de formación arroja, en no pocas ocasiones, a quien recién ha adquirido su empleo público a la soledad de una organización que le va a exigir desde el primer día un rendimiento profesional cuyo sentido y finalidad no le han sido suficientemente explicados. Surgen así, algunas desviaciones: el espíritu de pertenencia a un grupo privilegiado por su estabilidad laboral en el que lo más importante es sobrevivir a los vaivenes del turno político, o la actitud acomodaticia de los que, superado el proceso selectivo, consideran que ya han hecho toda la demostración de mérito y capacidad que les son exigibles en su vida profesional. Contra tales conductas de poco valen las disposiciones legales, ni exigencias o controles extravagantes en el proceso selectivo, todo lo que se puede hacer –y no es poco– es educar, formar e insistir, creando una cultura de servicio al ciudadano que, una vez esté asentada en el colectivo de los funcionarios, repugne la actitud de quienes quieran seguir anteponiendo su personal interés al de los principios a los que sirve la Administración en la que presta sus servicios.

Un segundo elemento que considero especialmente relevante en ese proceso de formación en la ética profesional del funcionario en prácticas es el que guarda relación con la creación de un sentido de pertenencia a la Administración pública. Entiéndase bien, no se trata de crear un sentimiento de casta, que sería incompatible con el objetivo antes señalado de cultura de servicio a la ciudadanía y al interés general. Por el contrario, para hacer posible esa tarea vicarial o de servicio es imprescindible, desde mi punto de vista, que uno de los valores que formen parte de la ética profesional del funcionario sea el sentido de la Organización. Hoy por hoy, nuestra Función pública carece de un sentido de la común pertenencia a una organización pública, y está trufada de un corporativismo, una estratificación y, en ocasiones, de una *tribalización* que, como mínimo, lastran la creación del sentido de pertenencia a la Organización administrativa. No hay en el seno de la Administración ningún cauce, orgánico o funcional, que permitan aunar todas las diferentes culturas y sentidos de pertenencia que caracterizan a cada uno de los colectivos que la integran. No es sólo que el sistema de especialización corporativa haga difícil un común entendimiento de la Organización, o que ello sea, además, fuente de conflictos corporativos o de envidias y recelos. Es también una falta de conexión en la consecución del objetivo último de servicio público entre los distintos niveles del funcionariado: directivos y personal

cualificado que con excesiva frecuencia no ha sido capaz de implicar al personal auxiliar o a los cuerpos de apoyo técnico en un trabajo de equipo dirigido a la mejor prestación de la función encomendada. Aparecen, también, fenómenos de pertenencia a grupos –si se me permite la expresión *tribalización*– que ni siquiera obedecen a planteamientos partidistas, aunque ello sería desde luego rechazable, sino que responden, más asiduamente, a un juego de fidelidades y afinidades personales que acaban por determinar no pocas decisiones.

Sin necesidad de analizar aquí sus causas y soluciones desde la perspectiva del sistema de función pública que nos hemos dado, lo cierto es que intentar corregir esas derivas pasa también por medidas poco complejas, que deberían tener su cauce a través de la formación de los funcionarios en ética profesional. Sería, en este sentido, deseable el establecimiento de un itinerario formativo común para todos los empleados públicos en ética y valores de la función pública, cuya impartición podría incluso hacerse de forma conjunta o intercorporativa¹⁴.

Formar en el sentido de integración en una organización tiene en el caso de los funcionarios un componente ético adicional, pues no se trata de una organización cualquiera, sino de la pertenencia a una *“institución social...componente esencial de la estructura básica de una sociedad, que tiene unas metas y fines sociales”* (Adela Cortina¹⁵), que, además, en nuestro caso han sido definidos constitucionalmente.

Esta formación inicial del funcionario ha de incorporar, también, habilidades o herramientas para que en el día a día del ejercicio de su profesión aquél sea consciente de la trascendencia de sus actos, sepa identificar los dilemas éticos que puedan plantearsele y conozca el medio para resolverlos. En todo caso, llama la atención que transcurridos ya algunos años desde que se iniciaron estas reflexiones, sea tan poco lo que se ha hecho, cuando una de las medidas más efectivas que en este ámbito pueden adoptarse *“es introducir una asignatura de ética en las Escuelas de Administración Pública, de modo que la reflexión ética sobre todos estos temas se vea desde el principio como un componente indispensable del buen ejercicio de la profesión”* (Adela Cortina¹⁶).

3. La responsabilidad del funcionario público

Sentido de la trascendencia de la función pública, y sentimiento de pertenencia a una organización dirigida a la satisfacción de los intereses generales de la sociedad, deberían ir acompañados de la idea de responsabilidad. Cuando se alude a la respon-

14 Esta idea de la creación de un itinerario de formación común para todos los Cuerpos Superiores de la Administración se la debo a Clara Mapelli Marchena, funcionaria del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado y me ha parecido especialmente adecuada para impartir, junto a otras, una disciplina de ética profesional del funcionario público.

15 Adela Cortina, Jornadas sobre ética pública, MAP 1997, p. 70.

16 Adela Cortina, Jornadas sobre ética pública, MAP 1997, p. 71.

sabilidad en la relación del empleado público aparecen claramente identificados los conceptos de responsabilidad disciplinaria y de responsabilidad patrimonial (aunque la aplicación de ésta sea aún menos habitual que la aplicación de la primera).

Por influencia del derecho anglosajón se ha incorporado al debate una variante de la responsabilidad, vinculada a la llamada rendición de cuentas o *accountability*. Se dice así que “no basta con que el funcionario público cumpla con la Ley, es necesario que dé cuenta a la sociedad de sus actos, aun en el caso de que ésta no lo exija. Además del concepto de legalidad, hoy se impone el neologismo *accountability* como nota esencial en el ejercicio de la función pública”¹⁷. No creo que sea oportuno introducir en una organización jerarquizada y sometida, por mandato constitucional, a la dirección política del Gobierno un sistema de rendición de cuentas de los funcionarios ante el Parlamento, pues son precisamente las instancias de dirección política de la Administración pública las que deben asumir esa rendición de cuentas. Otra cosa es que los funcionarios o empleados públicos tengan el deber, si son llamados, de comparecer ante el Parlamento, en el curso de comisiones de investigación u otras comisiones de estudio. Tampoco estará de más que mejore nuestra regulación en materia de acceso a los documentos públicos u oficiales, estando, por ejemplo, pendiente de firma y ratificación un Convenio del Consejo de Europa sobre la materia¹⁸.

Estas medidas, junto a otras, pueden contribuir al control parlamentario de la Administración Pública y de su dirección por el Gobierno. Sin embargo, la idea de incorporar un sistema general de rendición de cuentas de carácter político o parlamentario para los funcionarios no creo que sea la respuesta más adecuada. Una propuesta que ha sido, incluso, descartada en el Reino Unido, tras haber sido considerada en los debates de la *Constitutional Reform and Governance Act* de 2010. Este tipo de fórmulas tiene el riesgo de politización mayor de la Administración, lo que no sólo contradiría principios constitucionales, sino que lo haría sin aportar nada sustancialmente positivo.

La vertiente del principio de responsabilidad que a los efectos de esta contribución me parece más interesante destacar es la que concierne al sentido de la conciencia de las consecuencias de los propios actos. Los empleados públicos han de sentirse responsables de lo que hacen en el ejercicio de su función, y de la trascendencia de sus comportamientos. Valores que son de difícil plasmación, es cierto, en una organización que ha tendido en las últimas décadas a despersonalizar esa relación del funcionario con su puesto de trabajo. Se ha pasado, desgraciadamente, como ha señalado Sainz Moreno¹⁹ del extremo de la patrimonialización o apropiación de la función pública (convertida en oficio enajenable en nuestro derecho histó-

17 Federico A. Castillo Blanco, “Los deberes de los Funcionarios públicos”, en la obra colectiva “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, dir. Miguel Sánchez Morón. Edit. Lex Nova, 2007, pág. 391.

18 Convenio nº 205 del Consejo de Europa sobre acceso a documentos oficiales.

19 Fernando Sainz Moreno, Obra citada, pág. 520.

rico) a la consideración actual del funcionario como un *objeto reemplazable* en los organigramas de la Administración. Eso ha generado, también en términos más generales en la sociedad, un escepticismo que es incompatible con la responsabilidad: “No todo vale igual, es preciso creer en algo aunque sea vago, y es ineludible elegir y tomar decisiones” (V. Camps²⁰).

Incentivar el sentido de la responsabilidad exige romper esta dinámica e incorporar un componente más personal al modo de desempeño de los puestos de trabajo. Algo en lo que no sólo valdrá lo que pidamos a cada empleado público, ni lo que le intentemos convencer en su proceso de formación. Aquí es mucho lo que debe aportar la jerarquía gubernativa y administrativa, pero también la propia sociedad. La sociedad española ha de saber que lo que reciba de la Administración es también recíproca consecuencia de la importancia que ella le da a la forma en que se realiza cada función pública: no vale lo mismo ser profesor de una manera o de otra, no es lo mismo cumplir con las funciones públicas de una u otra forma.

Podrán parecer estos tres apuntes como expresión de buenas intenciones, y probablemente no valgan de nada frente al funcionario ya desmotivado o directamente acostumbrado a un actuar carente de ética y compromiso con la sociedad. Sin embargo, estoy convencido de que esos valores serían un buen acicate para mantener e incentivar el compromiso de muchos otros funcionarios que no están sólo preocupados por sus niveles retributivos, sino que acuden a sus puestos de trabajo sin el estímulo de saber que quienes dirigen esa organización y la sociedad española aprecian su contribución a la defensa de los intereses generales, y saben y quieren diferenciar entre el funcionario íntegro y el que no lo es. Para un buen funcionario tan frustrante o más que la injusticia retributiva es la percepción de que para el alto cargo de turno es igual el funcionario excelente o dedicado a su trabajo que el funcionario diletante, o que le es igual el que cumple con sus deberes que el que incumple abiertamente las incompatibilidades.

III. ALGUNOS ASPECTOS DE LA CONDUCTA ÉTICA DEL FUNCIONARIO DURANTE EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN

Una vez el ciudadano se ha incorporado a la función pública, lo importante es que se conduzca en el desempeño de sus atribuciones no sólo evitando cometer ilegalidades, sino apurando su capacidad de desempeño para alcanzar la máxima eficiencia posible en el servicio a los intereses públicos. Ese devenir cotidiano del funcionario será con frecuencia rutinario y alejado de dilemas éticos o de dudas sobre cómo resolver una situación de conflicto. Pero ¿qué ocurre cuando esas situaciones se presentan?

²⁰ Victoria Camps, “Virtudes Públicas”, Edit. Espasa Calpe, 1996, pág. 63. La misma autora señala que “la escasa responsabilidad que se observa hoy tal vez dependa de la pobreza y cortedad de las interrelaciones, del hecho de que a cada quien se le exija sólo que cumpla con sus obligaciones formales y no se meta en historias o asuntos que no le conciernen” (págs. 62-63).

Hasta ahora nuestro ordenamiento se ha basado en un régimen disciplinario administrativo, sin perjuicio de la respuesta penal para los casos más graves. No obstante, todos sabemos que la reacción disciplinaria está condenada a ser un último recurso, al que la jerarquía administrativa recurre sólo cuando antes han fallado otros mecanismos informales: la sugerencia o la reconvención. De suerte que en nuestra cotidianidad administrativa no es infrecuente la pasiva resignación ante comportamientos que son éticamente reprochables, pero que aisladamente no merecen la reacción punitiva o si la merecen ésta no se activa, por desidia o por el temor a que su fracaso produzca efectos peores que los que se querían combatir. Además, con independencia de esta patología de los comportamientos administrativos, tampoco hay que negar que no todo lo incorrecto podemos abarcarlo bajo la reacción disciplinaria. Surge, entonces, la pregunta de si hay algo más que se pueda hacer.

1. El recurso a los códigos de conducta

La irrupción en nuestro ordenamiento jurídico de los códigos de conducta de los empleados públicos no ha estado exenta de controversia doctrinal. Su origen inmediato hay que encontrarlo en la influencia del derecho anglosajón y en las recomendaciones de distintos organismos internacionales en la lucha contra la corrupción. Pocos recuerdan, sin embargo, que ya en 1952 Luís Jordana de Pozas, en una conferencia sobre “la moral profesional del funcionario público”, proponía la aprobación de códigos de conducta, al tiempo que señalaba que “la probidad y la honradez no se refieren tan sólo, claro es, a la falta de legalidad, a la ausencia de cohecho y prevaricación. Va mucho más lejos... Es que el funcionario no debe aceptar ni poseer ningún interés que haga dudar de su imparcialidad y de su celo en el servicio de la comunidad”²¹.

Volviendo a nuestros días, la publicación en el Reino Unido del Informe Nolan, y la creación del Comité sobre normas de conducta en la vida pública (*Committee on Standards in Public Life*)²², fue aprovechado entre nosotros para reflexionar sobre la oportunidad de seguir la práctica británica y optar por una forma de regulación menos intensa.

Con ocasión de los trabajos preparatorios del Estatuto del Empleado Público, la Comisión de estudio propuso un modelo que trataba de hacer compatible esas nuevas tendencias con un sistema de claro contenido normativo, como es el español: la inclusión de un catálogo de “deberes y obligaciones que han de figurar, a nuestro entender, en el texto del Estatuto”, la construcción, a “partir de ellos”, de un catálogo con “la tipificación de las conductas sancionables”, a lo que se podría añadir “la posibilidad de que cada Administración o Entidad Pública, al menos en ciertos sectores, complete el listado de deberes con normas de conducta más específicas y deta-

21 Jordana de Pozas L., *Estudios de Administración Local y General*, Tomo I, pág. 131.

22 Fuentetaja Pastor, Jesús Angel y Guillén Carames, Javier La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1996.

lladas” y “sin perjuicio de la obligación de cumplir tales deberes de buena fe aún cuando el incumplimiento carezca de trascendencia disciplinaria”.

El resultado plasmado en el texto finalmente aprobado del EBEP, no se ajusta a este esquema, sino que contiene una regulación de los deberes del empleado público y, seguidamente, enuncia unos principios éticos y unos principios de conducta que, a tenor del artículo 52 EBEP configuran –en expresión de la Ley– “el Código de Conducta de los empleados públicos”. Tal como ha ocurrido en otros sectores del ordenamiento en los que han proliferado estos instrumentos de ordenación, el código de conducta del funcionario público plantea algunos problemas en cuanto al encaje y efectos que se le quiera atribuir en nuestro Ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva del Derecho Positivo, sí, como parece deducirse del EBEP, el Código son sus artículos 53 y 54, su carácter normativo es innegable, por más que no todas las vulneraciones de dichos principios estén tipificadas y, por tanto, sean sancionables.

Pese a todo, lo que resulta más inquietante es el valor que a dichos principios se atribuye, pues lo importante no es el nombre o denominación, sino si su incorporación legal viene acompañada de los mecanismos necesarios para dotarlos de eficacia. Y a ello no ayuda mucho el tenor literal del último párrafo del artículo 52 EBEP, cuando afirma que “[L]os principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos”. A este respecto, si tenemos en cuenta la figura más próxima de las normas deontológicas profesionales, hay que ser cautos en cuanto a su función complementaria del catálogo de infracciones²³, aunque el Tribunal Constitucional (por todas, STC 229/2007) haya reconocido los matices con los que ha de interpretarse el principio de legalidad en el caso de las sanciones disciplinarias a los funcionarios públicos.

No es, por tanto, extraño que a la luz del indefinido contenido del EBEP se insista en la necesidad de “distinguir entre principios éticos en el ejercicio de la función pública de aquellas otras conductas, los clásicos deberes, que implican obligatoriedad de cumplimiento, en razón de que su inobservancia está penalizada por el ordenamiento jurídico”²⁴.

Si acudimos a la “fuente de inspiración” de los Códigos de conducta, llama la atención que el denominado Código de la Función Pública del Reino Unido (*Civil Service Code*), contenga en su último apartado una indicación directa a que dicho código forma parte de la relación contractual que une al funcionario con su empleador (“*This Code is part of the contractual relationship between you and your employer*”), lo que habilita a la Administración para considerar que cualquier incumplimiento del Código es un incumplimiento contractual que, por tanto, puede ser sancionado. La fórmula

23 Ilustrativas son la sentencia de 9 de octubre de 1989 (Ar. 7339) y de 3 de marzo de 1990 (Ar. 2133). Un análisis más detallado del problema en “Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución” (dir. Lorenzo Martín-Retortillo, Edit. Civitas, 1996).

24 Federico A. Castillo Blanco, obra citada, pág. 393.

británica resulta, así, plenamente coherente, pues a partir de un sistema de empleo público de carácter contractual o laboral, frente al sistema estatutario español, lo que ha hecho el legislador es atribuir al Código de conducta fuerza vinculante contractual, consiguiendo el mismo efecto jurídico que, en el sistema estatutario de función pública se habría conseguido incorporando los principios éticos a las normas deontológicas o disciplinarias de la función pública. Una fórmula similar ha seguido el derecho italiano, a partir de la modificación de su sistema de función pública, con el añadido de haber llamado a la traslación disciplinaria de los incumplimientos del Código, que deberá encontrar reflejo en las normas convencionales pactadas con los empleados públicos (Blasco Díaz²⁵).

La paradoja de la opción de nuestro legislador sería que, queriendo imitar el modelo anglosajón por considerar que incorporaba un mayor nivel de exigencia ética para el funcionario, acabara por producir el efecto contrario. El riesgo, como ha apuntado Fernández Farreres, es que estos instrumentos tengan un mero efecto placebo, “que terminan por tranquilizar a los espíritus y dan imagen de seriedad y honradez a la correspondiente organización pública”²⁶, mientras permanecen inalteradas las reglas que permiten cuando no favorecen los comportamientos indeseables.

Al atribuirles la Ley una mera función interpretativa o complementaria a esos principios que se incluyen en el denominado Código de Conducta ¿no se estará rebajando su valor? Si, al final su incumplimiento es sólo relevante en la medida en que aparezca tipificado como tal en las normas de régimen disciplinario ¿no estaremos dando la señal contraria a la querida, insistiendo en la idea de que al funcionario le basta con un cumplimiento mínimo dentro de la Ley? ¿Era esta la única alternativa posible en cuanto a la incorporación a nuestro Derecho de los Códigos de Conducta?

Todo depende de la finalidad para la que quieran dictarse. El EBEP ha optado por una vía ecléctica, consistente en recoger legalmente un catálogo de deberes del empleado público, que incluye principios éticos y de conducta, ateniéndose así a los elementos típicos de un sistema administrativista y estatutario de la función pública como sigue siendo el nuestro. Al mismo tiempo, parece haber querido cumplir formalmente con las recomendaciones internacionales, dando el título de “Código de Conducta” a esos principios plasmados legalmente, como si sintiera el Legislador que no bastaba con cumplir materialmente las recomendaciones. Se produce, de este modo y más allá de las apariencias, una formal asimilación del instrumento del código de conducta a nuestro sistema normativo tradicional, aunque el legislador no agote, al menos de momento, todas las consecuencias de esta opción desde el punto de vista disciplinario, lo que puede redundar a la postre en un efecto contrario al pretendido.

25 José Luis Blasco Díaz, “El código de comportamiento de los empleados públicos italianos de 28 de noviembre de 2000”, RAP N° 158, Mayo-Agosto 2002.

26 German Fernández Farreres, “Os Códigos de Bo Goberno das Administracións Públicas”, Administración y Ciudadanía, vol. 2, n° 2, 2007, pág. 35.

Claro que tal asimilación no deja de producir otras consecuencias. Si se entendía que el encaje de este tipo de reglas en nuestro ordenamiento jurídico debía hacerse a través de un catálogo de deberes, lo razonable era obrar en consecuencia, con una técnica legislativa propia de ese tipo de mandatos normativos, dejando al margen la enunciación de principios propia del Código de Conducta y el uso de tal denominación. Pues, a la postre, la alternativa seguida puede acabar por producir algo advertido por la doctrina: “más complejidad e incluso, inseguridad jurídica” (Villoria Mendieta²⁷).

Una segunda observación al modelo adoptado es que, con ello, puede que hayamos agotado toda la eficacia y virtualidad que a los Códigos de Conducta pueda dársele en nuestro derecho de la Función Pública, y es aquí donde tiene sentido alguna reflexión adicional sobre el objetivo perseguido con este tipo de códigos. Como advirtiera Lorenzo Martín-Retortillo, “no se puede esperar todo del Derecho”, menos aún en un país que es “el paraíso de la inaplicación de las normas; tantas normas desajustadas, irreales, que luego nadie cuida de que se cumplan, con el generalizado sentimiento de frustración que provoca”²⁸. Los códigos éticos pueden tener una función, incluso normativa, que va más allá del esquema deber/incumplimiento/sanción.

Desde la perspectiva menos jurídica se ha puesto el acento en el uso del Código de Conducta, con una función complementaria a la norma jurídica, como instrumento que sirve de “contrato que las partes aceptan con el convencimiento de que será una ayuda para tomar decisiones y resolver conflictos” (Victoria Camps²⁹). Pese a lo que, a primera vista pueda concluirse, los efectos jurídicos de un Código de esas características no se agotan en la existencia de una reacción sancionadora en los casos explícitamente previstos por la Ley. Con frecuencia se olvidan otras consecuencias legales del incumplimiento de las normas, y que, más allá de las normas jurídicas sancionadas por el Poder público normativo, hay eficacia jurídica en otras fuentes. Así, se ha propuesto también una fórmula de adhesión inherente a la incorporación del ciudadano a la profesión pero que –si se quiere– incluso podría, por razones de seguridad jurídica, articularse imponiendo la sumisión explícita en el momento del acceso al empleo público³⁰. Sería, por tanto, posible buscar una doble fuente de vinculación para estos Códigos de conducta, la previsión legal y la adhesión expresa de los empleados públicos.

Junto a esta dual fuerza vinculante, parece oportuno ir más allá de la esquemática fórmula del catálogos de deberes y principios legales, en la que no habría que desdeñar una función, complementaria, de carácter orientativo para estos códigos, “redactados en lenguaje sencillo, con tono positivo frente al prohibitivo y elaborados con la

27 Manuel Villoria Mendieta, “Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa”, Ed. Tecnos-Universidad Pompeu Fabra, 2000, pág. 181.

28 Lorenzo Martín-Retortillo, Jornadas sobre ética pública, MAP 1997, p. 45.

29 Victoria Camps, Jornadas sobre ética pública, MAP 1997, p. 58.

30 No estará de más recordar la sugerencia de L. Martín-Retortillo en cuanto al posible uso de esta técnica en el ámbito funcional Martín-Retortillo, L., *Intervención en las Jornadas sobre Ética Pública*, obra citada, pág. 48 y sgts.

máxima participación posible” (Villoria Mendieta³¹). Ese doble carácter permitiría optar también por diferenciar entre un catálogo de deberes legales menos programático y más concreto, junto a un código de conducta más detallado, no basado en la enunciación de principios que, sin ánimo agotador de una realidad por definición compleja, describa las situaciones y conflictos más comunes a la vida del empleado público, y dé las indicaciones para resolverlos. No podemos aspirar a un texto legal que, al definir los deberes del funcionario, vaya mucho más allá de la enunciación de principios. El EBEP es un buen ejemplo de ello, pues por mucho que sea el esfuerzo de incorporar a nuestro Derecho un catálogo de deberes y de principios, no es posible aspirar a un texto más detallado. Una fórmula que se aproxima, por otro lado, a la seguida en otros ámbitos de la deontología profesional, en los que se distingue entre los códigos éticos o deontológicos, y los códigos o manuales de buenas prácticas (Darnaculleta³²).

Como apuntaba antes, debería abrirse la cerrada fórmula del EBEP. En primer término para clarificar su contenido y su eficacia: demos a la Ley la enunciación clara de los deberes del funcionario, con todas las consecuencias inherentes a su incumplimiento. A continuación, demos el papel complementario que los códigos de conducta merecen, permitiendo a las diferentes Administraciones desarrollar esos principios básicos y comunes con un sentido orientativo de la conducta de los empleados públicos.

2. Lo que se echa en falta del Código de Conducta incorporado al EBEP

Tras esta referencia al encaje jurídico del Código en nuestro Ordenamiento, no examinaré detenidamente el contenido de los preceptos del EBEP, pero sí quisiera hacer alguna observación de detalle, por comparación con el Código aprobado en el Reino Unido. Me parece muy relevante que aquél se inicia con un mensaje claro y contundente al funcionario: sobre el sentido de su función (asiste al Gobierno de turno en el desarrollo y aplicación de sus políticas y la prestación de los servicios públicos); la razón de su posición (como funcionario has sido elegido por el mérito y en libre y leal competencia); y lo que del funcionario se espera (que desempeñe su función con dedicación y compromiso)³³. Un mensaje que no aparece en nuestros principios éticos y que parece bien orientado a la labor de inculcar valores y motivar al funcionario, frente a la rigidez burocrática de los enunciados en nuestro ordenamiento.

Otra diferencia destacable es la sencillez y claridad con la que se enumeran los principios en el Código británico, que luego se desarrollan o concretan con indicaciones claras de lo que se debe y no debe hacer. El esquema del EBEP parte de una dis-

31 Manuel Villoria Mendieta, Obra citada, pág. 181.

32 Darnaculleta, M., Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada.

33 The Civil Service is an integral and key part of the government of the United Kingdom. It supports the Government of the day in developing and implementing its policies, and in delivering public services. Civil servants are accountable to Ministers², who in turn are accountable to Parliament.

3. As a civil servant, you are appointed on merit on the basis of fair and open competition and are expected to carry out your role with dedication and a commitment to the Civil Service

tinción, no siempre lograda, entre “principios inspiradores”, “principios éticos” y “principios de conducta” (José Luis Gil Ibañez³⁴). Frente a los cuatro principios básicos británicos (integridad, honestidad, objetividad e imparcialidad), nuestro legislador ha necesitado nada menos que quince principios, no siempre expresados de forma precisa.

Se echa en falta, si de elevar el nivel de exigencia en el comportamiento se trata, un mensaje más contundente frente a ciertas prácticas sociales de “baja intensidad” que pretenden ganar el favor del funcionario. El tiempo y la realidad desgraciadamente han demostrado que elevar la honestidad e integridad de nuestra función pública –así como la de los altos cargos y responsables políticos– exige desterrar expresiones como la que se refiere a la obligación de rechazar regalos o servicios “*que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía*”.

Por último, hubiera sido la ocasión adecuada para destacar el compromiso del funcionario con el respeto por la legalidad y su actitud de combate contra la corrupción, sin riesgo para su condición profesional. Hay que indicar al empleado público también lo que de él se espera para combatir la corrupción y los comportamientos indeseables, y la forma en que la propia Administración le asistirá en esa tarea. Luego la naturaleza humana hará el resto, pues a nadie se le podrán exigir actos de heroísmo, pero el mensaje de conciencia colectiva de compromiso y estímulo en la lucha contra la corrupción debe también transmitirse al funcionario³⁵.

IV. LA DEFICIENTE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES A TRAVÉS DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES Y OTRAS MEDIDAS

Uno de los aspectos más enfáticamente subrayados cuando se alude a la ética profesional de los empleados públicos es el que guarda relación con la prevención y resolución de los conflictos de intereses. Aquella situación en que el funcionario “asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie” (García Mexía³⁶). El EBEP se refiere a los mismos, en su artículo 53, dentro de los que denomina principios éticos, señalando en su apartado 5 que los empleados públicos se “*abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público*”. El mismo artículo, en el apartado 6 señala que no “*contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimonia-*

³⁴ José Luis Gil Ibañez, “Deberes de los Empleados Públicos. Código de Conducta (arts. 52 a 54)”, en “Estatuto Básico del Empleado Público”, dir. Luis Oretga Alvarez, Ed. La Ley-El Consultor, 2007, págs. 378 y sgts.

³⁵ También en este aspecto la diferencia con el Código británico es destacable, pues le dedica indicaciones precisas y concretas.

³⁶ Pablo García Mexía, “Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea”, Aranzadi, 2001.

les o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público”.

En materia de conflictos de intereses, lo que se intenta proteger es la integridad de la actuación administrativa y el acierto de su acción, que no se vea contaminada en su decisión por la influencia de intereses particulares, aunque sean legítimos, a los que pueda estar conectado el funcionario actuante. Los principios alumbrados por el Legislador básico son, en un caso, principios éticos que se deben elevar a la máxima eficacia jurídica –deber de abstención e incompatibilidad entre la función pública y la actividad privada-, y cuyo incumplimiento merece ser, en todo caso, sancionado. Por su parte, el principio proclamado en el apartado 6 del artículo 53 EBEP, es un principio complementario del anterior, formulado con cuestionable acierto, pues de lo que se trata es de evitar el “compromiso económico” del empleado público con los destinatarios de la acción administrativa, pero se ha formulado en unos términos excesivamente genéricos. Ha olvidado, sin embargo, el legislador una de las herramientas fundamentales de la prevención de los conflictos de intereses que es, como apunto la Comisión de estudio del EBEP, la *“obligación de declarar cualquier interés privado, propio, que se relacione con el ejercicio de sus funciones aunque no entrañe un conflicto de intereses”*.

A partir de esta descripción general del panorama establecido en el EBEP, me detendré en lo que, a mi juicio, es imprescindible para garantizar jurídicamente la integridad de la Administración en su actuación, desde la perspectiva de los funcionarios públicos. Esta regulación es complementaria de la ya más desarrollada en relación con los miembros del Gobierno y los Altos cargos de la Administración³⁷, pero carece, de momento, de la ambición necesaria para ir más allá de los principios contenidos en el EBEP, con consecuencias jurídicas. Como he apuntado anteriormente, los conflictos de intereses, cuando de verdad existen, deben tener el encaje oportuno en dos respuestas del ordenamiento que son ya de larga tradición: el deber de abstención y el régimen de incompatibilidades.

Sobre el deber de abstención del funcionario, nuestro sistema jurídico arbitra, de un lado, una relación de causas en la legislación de régimen jurídico, concretamente en el artículo 28 de la Ley 30/1992 y, de otro, ha previsto como falta grave la conducta del funcionario que interviene *“en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas”* (artículo 7.1.g) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado). Ahora bien, entre las causas de abstención legalmente tasadas, la referida al *“interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél”* tiene un contenido y alcance limitado –el interés personal–, mientras que el conflicto de intereses al que se hace referencia en el artículo 53.5 EBEP va más allá del “interés personal”, tan es así que aparece como concepto diferenciado en dicho precepto.

Del examen de estas normas resulta, en primer lugar, la constatación de que los conflictos de intereses y, en particular, la omisión del deber de actuar cuando suponen una causa de abstención, no merecen la máxima valoración del poder normativo desde la perspectiva de las infracciones disciplinarias. Por otro lado, parece necesario reforzar los mecanismos jurídicos relacionados con los conflictos de intereses de los funcionarios, si no se quiere dejar en un mero propósito de buenas intenciones, el principio de integridad recogido en el EBEP. Ello requeriría, en primer lugar, introducir la obligación o deber del funcionario de declarar los conflictos de intereses que le puedan afectar en cada caso concreto y, además, trasladar al régimen disciplinario un tipo de falta de más amplio contenido que la actualmente referida al incumplimiento del deber de abstención.

Una segunda reflexión, en materia conflictos de intereses, se refiere al régimen de incompatibilidades. La Ley de Incompatibilidades de los funcionarios públicos fue aprobada en el año 1984³⁸, como parte de las medidas de reforma urgente de la Función Pública. La Ley tuvo la virtud de responder a la necesidad de un tiempo histórico, marcado por una alta tasa de desempleo, y a las circunstancias concretas de una Administración en la que se había consolidado la práctica del pluriempleo, como, por otro lado, había ocurrido en todos los ámbitos en la España de los años 60 y 70 como forma de mejora económica y no tanto por vocación. Por ello, la Ley se orientó fundamentalmente a la erradicación de la titularidad de más de un empleo público y a consagrar el principio de que el empleo privado sólo sea compatible cuando no afecte a la dedicación al puesto de trabajo público, ni comprometa su imparcialidad. Por ello, aunque se proclame en la Exposición de Motivos de forma solemne que corresponde a los empleados públicos “un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración”, el mismo texto señala como principio fundamental el “de la dedicación del personal al servicio de las Administraciones Públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio Servicio Público, respetando el ejercicio de las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia”.

Aunque la Ley ha servido con eficacia a los objetivos para los que fue promulgada, anda necesitada de algún retoque que va más allá de la también evidente necesidad de acomodarla a las realidades jurídicas actuales. En este punto es llamativo, por ejemplo, el desfase de una regulación de la figura del profesor asociado que no tiene en cuenta la existencia de Universidades privadas o que sigue manteniendo una perspectiva económica para su concesión, cuando lo importante debería ser evaluar el beneficio que de ella puedan obtener la Administración y la Universidad y no la cuestión económica, más que resuelta en otros ordenamientos mediante el ingreso del exceso retributivo en las arcas públicas.

³⁸ Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

La reforma es sobre todo necesaria para responder al verdadero riesgo que hoy pesa sobre las Administraciones –que no es, precisamente, el del pluriempleo de los empleados públicos-, sino la falta de mecanismos que aseguren la integridad y objetividad en su actuación. Así lo señaló la Comisión de estudio del EBEP, cuando recomendó completar las reglas generales con *“con algunas otras específicas, más estrictas, referidas a aquellos empleados, fundamentalmente de nivel superior, que ejerzan funciones relativas a la adjudicación de contratos, autorizaciones, licencias, subvenciones y otros derechos, así como para los empleados de las autoridades u organismos de regulación y control de los mercados, y para quienes desempeñan funciones de inspección y de sanción sobre particulares y empresas privadas”*.

No es mi intención, ni sería apropiado, hacer aquí una propuesta de reforma, pero sí me parece oportuno señalar algunas deficiencias estructurales y las realidades que, a mi entender, están hoy mal resueltas. Comenzando por las primeras, el sistema de incompatibilidades tiene mucho de catálogo de prohibiciones y de autorizaciones (lo que está permitido y lo que no está permitido), y atiende poco al mecanismo preventivo de la transparencia. Habrá que prohibir situaciones incompatibles, pero se hace poco esfuerzo por saber dónde están los riesgos concretos respecto de cada funcionario. Ello puede hacerse sin riesgo para la intimidad de los empleados públicos y con las garantías precisas desde la perspectiva de la protección de datos que, siendo derechos fundamentales, no pueden servir, sin embargo, de excusa para eludir la necesidad de preservar los intereses públicos y prevenir y combatir la corrupción.

Otro elemento que hay que mejorar es el relativo a la debida proporcionalidad en el establecimiento de las incompatibilidades que, necesariamente, debieran ser adecuadas a la responsabilidad y capacidad de decisión del funcionario. No es lo mismo lo que cabe exigir de un funcionario cualificado del Grupo A1, que lo que ha de exigirse al empleado de funciones subalternas. Es innegable que éste puede incumplir sus obligaciones como consecuencia de la atención que presta a sus negocios privados³⁹, pero en este caso no estamos propiamente ante una cuestión de incompatibilidad para salvaguardar la integridad de la Función pública, sino ante la falta de atención del funcionario a sus deberes y al cumplimiento de su horario, o al uso de bienes públicos para fines privados, que merecen ser respondidas desde esta perspectiva específica. Habrá que vigilar también desde la perspectiva de las incompatibilidades que aquella actividad privada no guarde relación con las actividades que desempeña pero reconozcamos que la forma de evaluar ese conflicto potencial no pueden ser siempre las mismas, sino que dependen de la responsabilidad y función que cada tipo de funcionario asume. Ahora bien, al evaluar esa compatibilidad de actividades conviene no pecar de simplismo o ingenuidad, porque en ocasiones la razón de la teórica incompatibilidad no radica tanto en la interferencia con los asuntos pú-

³⁹ La vida cotidiana del funcionario da para un amplio catálogo de anécdotas en todos los niveles administrativos, recuerdo, por ejemplo, haber recibido llamadas en el despacho pidiendo cita para un masajista que trabajaba para la Administración por la mañana al otro lado de mi puerta, no como masajista –entiéndase bien– sino como ordenanza.

blicos, sino con la necesidad de proteger la integridad y la imagen de integridad del servicio público⁴⁰.

Un tercer apunte sobre las deficiencias estructurales, es el relativo a los mecanismos de control de la incompatibilidad. Aquí hay mucho por mejorar. El Legislador habrá de definir lo que es incompatible y lo que no, y la Administración tendrá luego que hacer cumplir la Ley. Lo que no es buen síntoma del “estado ético” de nuestra Administración es que, en ocasiones por mala conciencia retributiva, el empleador público haga la vista gorda con los incumplimientos que están a la vista de todos los funcionarios. Cuando esto ocurre se está dando una señal en la dirección contraria a la promoción del comportamiento ético y se está desmotivando al funcionario que está en el despacho de al lado y que tiene sentido de la responsabilidad y vocación de servicio público.

Las razones de que esto esté ocurriendo son diversas, pero entre ellas juegan un papel destacado el exceso de sentido burocrático en el enfoque del problema de la compatibilidad y el exceso de parcelación en los mecanismos de control. Con no poca frecuencia, el control del incumplimiento de las incompatibilidades recae sobre los Centros Directivos de cada Cuerpo de Funcionarios, aunque luego sean otras instancias las llamadas a dictar resolución. En ese centro directivo lo usual será que los inspectores sean del mismo Cuerpo que los inspeccionados y, cuanto menor sea el número de sus componentes, más difícil será que se ejerza el control con el debido celo. Es la condición humana y lo que no podemos es esperar heroísmo, sino tener una organización capaz de funcionar con personas ordinarias y no con héroes. Por muy responsable que sea el funcionario que asume la poco placentera tarea de hacer de vigilante de sus compañeros, el incentivo a aplicar con justicia el sistema de incompatibilidades se ve compensado por sus temores sobre lo que le espera al día siguiente de abandonar tan ingrata función. Si todos somos conscientes de ello, adoptemos las medidas organizativas y funcionales adecuadas para evitarlo.

Otra de las rémoras que arrastra nuestro sistema de control es el relativo a la ausencia de potestades o herramientas de investigación. No se trata de instaurar ningún mecanismo inquisitorial pero, desde luego, el actual *perfil bajo* impuesto a nuestras inspecciones de servicio en esta materia tampoco es satisfactorio ¿cuántas veces hemos escuchado a colegiados de una u otra profesión quejarse de la colegiación de funcionarios incompatibles y, sin embargo, no existe comunicación alguna entre Administración y Administración colegial para evitarlo? El caso es que el viejo dicho de “los unos por los otros...” encuentra aquí perfecto encaje.

40 La necesidad de evitar evaluaciones simplificadoras, me evoca otro ejemplo de la vida de funcionario, el de un administrativo que por las tardes ejercía su actividad en una gestoría. Sus funciones no le permitían influir sobre el sentido de la resolución, ni los asuntos del negociado eran propios de una gestoría, pero su posición en el Ministerio sí le permitían “vender sus servicios” en la gestoría como si de verdad pudiera influir, con demérito para la imagen de la Administración. Un buen ejemplo del daño a la imagen de integridad del servicio público y de la relevancia de lo que se percibe o hace percibir por el funcionario deshonesto, aunque no haga “provecho” o se obtenga nada ilícito, lo ofrece la STC 56/1998, FJ9.

Pasando ahora a identificar lo que antes denominaba situaciones sin respuesta adecuada, citaré algunas de ellas. Comenzaré por llamar la atención sobre un extremo que he apuntado anteriormente, trayendo a colación las reflexiones de la Comisión de estudio del EBEP. Me refiero a la necesidad de lo que la Comisión denomina “reglas especiales” para prevenir determinados conflictos de intereses en relación con determinadas funciones. La fuente de los problemas radica, a mi modo de ver, en que tenemos un sistema de incompatibilidades que gira esencialmente sobre el concepto de “actividades públicas” y “actividades privadas”, definiendo la compatibilidad o incompatibilidad entre unas y otras. En el sistema actual se hace un análisis excesivamente centrado en las funciones propias del cuerpo al que se pertenece y la actividad pública que se puede desarrollar en sentido genérico. Junto a este esquema que puede ser razonable en ciertos casos, la regulación de incompatibilidades debería tener en cuenta, también, la compatibilidad de cada puesto de trabajo que se quiere desarrollar. Un sistema de incompatibilidades que se preocupe por la prevención de los conflictos de intereses debería, además, bascular más sobre el concepto de compatibilidad de determinados puestos de trabajo de la Administración con otras “actividades”, sean públicas o privadas.

Siendo gráfico en la explicación: puede que el funcionario López que ha tenido la fortuna de ser miembro de una familia dedicada al sector de las obras públicas desarrolle toda su vida profesional en el Ministerio de Educación, dedicado a la Alta Inspección y que, por tanto, no incurra en ningún conflicto de intereses, incluso aunque fuera miembro del consejo de administración de alguna de esas empresas en su condición de accionista. Pero ¿qué ocurre si el funcionario López tiene la oportunidad de ocupar un puesto de trabajo en la Subdirección General de Infraestructuras de ese mismo Ministerio?

Me parece que solución a problemas de esta índole no pasa sólo por la imposición de un deber ético o una obligación legal de abstención, sino que deberíamos pensar en la fórmula de regular la incompatibilidad para el desempeño de puestos de trabajo concretos dentro de la Administración, en razón de los conflictos de intereses que puedan existir. Tal modalidad de incompatibilidad pudiera ser recogida, incluso, como condición para optar a determinadas plazas o puestos de trabajo en los correspondientes sistemas de provisión, a partir de una obligación de declaración de intereses patrimoniales del funcionario que hoy no está contemplada.

En relación con las actividades privadas y su incompatibilidad, surge una segunda situación insuficientemente contemplada en nuestro Ordenamiento. Es el hecho de que una vez declarada la compatibilidad para una determinada actividad privada, la Administración parece desentenderse de lo que ocurre. La Comisión EBEP se refirió a una de estas situaciones, al proponer que la continuidad en el disfrute de la situación de compatibilidad quede sujeta a la evaluación del desempeño del puesto de trabajo en la Administración. Me parece que, seamos o no capaces de articular un sistema eficiente de evaluación del desempeño de los empleados públicos, es necesario contar con una potestad específica de revocación de la concesión de la compa-

tibilidad con una actividad privada, cuando el interés del servicio público o la falta de adecuado rendimiento del funcionario lo justifiquen. Fiarlo todo al régimen disciplinario carece de sentido en este caso, en el que lo importante es asegurar de forma permanente que la situación de compatibilidad reconocida no lo es en detrimento del interés del servicio público.

Siguiendo con este breve catálogo, no deja de ser preocupante lo que denominaré gráficamente como “política de puertas abiertas”: puerta abierta para salir a la excedencia voluntaria por motivos profesionales y puerta abierta para acudir a interesarse por los asuntos que hasta el día antes eran propios de la función que se ejercía. En el caso de los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración se ha establecido un sistema de incompatibilidad para el día después de dejar la función pública, que no es plenamente satisfactorio, pero que, al menos, introduce cierta transparencia. Ahora bien, trasladar ese mecanismo al conjunto de los empleados públicos no parece estar al alcance, por razones económicas y organizativas, de nuestras Administraciones y puede, además, que no condujera a lograr el objetivo deseado sino a estimular la elusión. Siendo conscientes de ello, hay que insistir en que tampoco la actual situación preserva de forma suficiente los intereses públicos. Sabemos todos, aunque no lo digamos públicamente, que para ciertos puestos de trabajo del sector privado en el valor del funcionario excedente hay un componente -de porcentaje variable- que no tiene su origen en sus capacidades técnicas o personales, sino en la facilidad con la que puede relacionarse con la Administración que acaba de abandonar. Son muchas las dificultades para establecer alguna prevención frente a este tipo de conflictos, pero cuanto menos deberíamos pensar en aumentar el nivel de transparencia existente, antes de acabar en soluciones más radicales⁴¹. Convendrá recordar que hay ocasiones en las que el derecho no alcanza a encontrar una fórmula regulatoria precisa y eficaz para prevenir determinados comportamientos pero, cuando se trata de las Administraciones públicas, siempre quedan algunas técnicas auxiliares, como es el caso de la transparencia, que pueden paliar en parte esos riesgos o permitir más fácilmente la persecución del comportamiento ilícito, o poco ético.

La doctrina ha aludido a un tipo de conflicto de intereses interno, vinculado a las diferentes facetas de la Administración pública, como regulador y como operador económico, particularizando dicha modalidad de conflicto en la presencia de altos cargos y funcionarios en los órganos de administración de las empresas públicas⁴². Aunque la reducción del entramado empresarial de las Administraciones públicas hará que esta situación tenga menos incidencia cada día, no es menos cierto que la complejidad de la Administración pública que nos ha tocado vivir va haciendo emerger otras modalidades de conflictos derivados de los diferentes papeles que juega la

41 Hay ordenamientos como el italiano en el que, al menos para determinados cuerpos, la excedencia para desarrollar una actividad privada no tiene vuelta atrás y se compensa esta limitación con retribuciones ventajosas.

42 Ver, García Mexía, obra citada, págs. 143 y sgts. Por cierto que la solución que se propugna en relación con las retribuciones de los consejeros sigue, a mi modo de ver, sin solucionar el conflicto real, aunque la inexistencia de interés económico pueda atenuar su intensidad.

función administrativa y de una cada vez más entrecruzada relación entre las distintas administraciones territoriales o institucionales. Un fenómeno que se hace sentir en unos ámbitos más que en otros, pero que es creciente, por ejemplo, en las funciones de los servicios jurídicos. La respuesta a esta otra variedad de situaciones (todas dentro del ámbito de la misma Administración pública) requiere más que una ética de los comportamientos personales unas reglas claras de organización que eviten este fenómeno, que es hoy incipiente pero que ya veremos que intensidad alcanza en el futuro, con una Administración del Estado cada día más reducida y más especializada en cuanto a sus tareas.

Pasando a un último aspecto, aunque merecería una reflexión desde otro punto de vista más general, quisiera aludir a la preparación de aspirantes al acceso a la Función Pública, respecto de la que nuestro legislador se ha preocupado tan solo por establecer su compatibilidad e imponer unos determinados límites en términos de tiempo de dedicación. Si se me permite la expresión, diré que esto es lo menos importante desde la perspectiva de la garantía de una actuación éticamente irreprochable de la Administración. Lo que no hemos resuelto es como evitar los conflictos de intereses que surgen de esa actividad. Y no me estoy refiriendo al deber de abstención que para la participación en los procesos selectivos existe para quien ha sido preparador de oposiciones. No es mi intención tampoco criticar lo que constituye una función abnegada, necesaria y no siempre recompensada. A lo que yo me refiero es a otra cuestión: el hecho de que las decisiones estratégicas sobre el sistema de selección y su desarrollo concreto no estén en manos de gestores que, por sus propios méritos, son a la vez quienes preparan a los aspirantes. Que ahí tenemos un foco de conflictos y que no tenemos respuestas concretas me parece obvio, aunque reconozco que, con el actual sistema de selección y de preparación de los aspirantes las respuestas no serán sencillas.

De mi breve exposición espero que se aprecie que en relación con los conflictos de intereses tenemos todavía un largo camino por recorrer, pues no está todo previsto o bien resuelto.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cuando se afronta el reto de mejorar la Administración pública, elevando la calidad técnica y ética de los servidores públicos, conviene partir de un objetivo claro: ¿Qué es lo que perseguimos? ¿Nos conformamos con asegurar un mínimo comportamiento de respeto a la legalidad?

En ocasiones, y en ciertos ámbitos, puede ser éste último hasta un objetivo muy ambicioso. Pero trascendiendo de lo coyuntural, quizás convenga ser más osados en el objetivo, aunque seamos conscientes de que hayamos de conformarnos con un más modesto resultado. Por ello, si de fortalecimiento ético o moral de las Administraciones hablamos, no basta con pedir al funcionario público que aspire a respetar la

legalidad y un mínimo de honestidad en su conducta, sino que el objetivo debiera ser conseguir funcionarios guiados por la idea de que frente “al “ethos burocrático” de quien se atiene al mínimo legal pide el “ethos profesional” la excelencia, porque su compromiso fundamental no es el que le liga a la burocracia, sino a las personas concretas, a las personas de carne y hueso, cuyo beneficio da sentido a cualquier actividad e institución social” (Adela Cortina⁴³).

Hasta aquí un repaso, obligadamente parcial y subjetivo en la selección, de algunos aspectos relacionados con la ética de la Función pública, en los que he querido, de un lado, traer a la superficie lo que en nuestro derecho de la función pública parece haber pasado desapercibido pero tiene un trasfondo o fundamento ético y, de otro, proponer algunas reflexiones que pueden servir para continuar mejorando el nivel ético de nuestros empleados públicos. En esta aspiración, el probo funcionario, al que aludía la cita inicial del Diccionario María Moliner, seguramente pediría “poca cosa”: mandatos normativos claros en su objetivo, respuestas coherentes, mayor aprecio de los ciudadanos por la función que está llamada a cumplir la Administración, buen ejemplo en quienes le dirigen y en los Gobernantes, y menos demagogia en quienes aspiran a serlo algún día.

Recibido: 2 de diciembre de 2010

Aceptado: 3 de diciembre de 2010

43 Adela Cortina, “Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad”, p. 147.

