

REFLEXIONES AL HILO DEL I CONGRESO INTERNACIONAL DE ETICA PUBLICA. MANIFESTACIONES JURIDICO-PUBLICAS (1)

Por

PABLO GARCÍA-MEXÍA
Letrado de las Cortes Generales

SUMARIO: I. Introducción.—II. Perspectivas para la implantación de ordenamientos éticos eficaces.—III. Mecanismos prácticos para la regulación de los conflictos de interés.—IV. La problemática de la sanción de las conductas éticamente inadecuadas.—V. Las declaraciones de intereses financieros: en especial, los problemas que plantea su publicidad.—VI. Limitaciones legales a las actividades anteriores y posteriores al desempeño de un cargo o función públicos.—VII. Breve conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los días 20 y 23 de noviembre de 1994, se celebró en Washington, D.C., EE.UU., el I Congreso Internacional de Etica Pública. Organizado por la Oficina de Etica Pública y por la Agencia de Información de los EE.UU., este Congreso, el primero de alcance mundial en la materia, congregó a más de 80 participantes procedentes de 55 países de los cinco continentes (2).

El propósito de este trabajo consistirá en recuperar los principales puntos de discusión que generó el Congreso, acompañados de las reflexiones sugeridas por los mismos. Como el lector percibirá de inmediato, estas reflexiones se hallan inevitablemente influenciadas por la experiencia norteamericana. Tal influjo se debe a dos motivos: el primero de ellos, que la práctica de los EE.UU. en esta materia es la más rica y su legislación la más avanzada de cuantas el Derecho comparado presenta; el segundo motivo no es sino una consecuencia del anterior, pues fueron esa superior experiencia y ese mayor avance los que propiciaron que el autor de estas pá-

(1) Este trabajo (no sus muchas carencias, única responsabilidad de quien lo suscribe) no hubiera sido nunca posible sin la generosa colaboración de Luis Ortiz Blanco, entrañable compañero en el Real Colegio Complutense de Cambridge, EE.UU., como tampoco sin la desinteresada confianza de Jim O'Sullivan, Letrado asesor de la Oficina de Etica Pública de los EE.UU. Conste, pues, mi gratitud tanto hacia ellos como hacia el Real Colegio Complutense y el *European Law Research Center* de la *Harvard Law School*.

(2) Por parte española, estaba prevista la asistencia de la Senadora doña Victoria Camps, a quien, por motivos técnicos ajenos a su voluntad, le resultó finalmente imposible acudir. Si estuvo presente el Catedrático de Ciencias Políticas don Víctor Pérez Díaz, quien presentó una comunicación en la ponencia relativa a la participación de los ciudadanos en el ámbito de la ética. El tercer participante fue el autor de estas páginas.

ginas dedicara al ordenamiento norteamericano una parte muy sustancial de investigaciones más profundas sobre el tema (3).

Aclarado este extremo, convendrá ya precisar que el núcleo de los trabajos del Congreso se centró en las once ponencias en su seno creadas. Teniendo en cuenta la naturaleza de esta publicación, se dedicará únicamente atención a las labores de cinco de dichas ponencias, las más directamente relativas al ámbito jurídico-administrativo. Cada uno de los epígrafes que subsiguen estará dedicado a su respectivo análisis, junto con el de los principales problemas que a su propósito se plantean (4).

II. PERSPECTIVAS PARA LA IMPLANTACIÓN DE ORDENAMIENTOS ÉTICOS EFICACES

Este fue el tema del que se ocupó la primera ponencia a que aquí se hará referencia, rubricada, como se dijo, «La ética en la Administración Pública: Perspectivas para la implantación de ordenamientos éticos eficaces» (5).

La ponente del Estado norteamericano de Oklahoma refirió los principales caracteres de la legislación ética de su Estado, distinguido (junto con Florida, Wisconsin y Maryland) por ser uno de los que cuentan con ordenamientos reguladores de los comportamientos éticos en el sector público más comprensivos y sistemáticos (6). Quizás la más importante idea, de entre las puestas de relieve por la señora Hughes, sea la constatación de que la amplia reforma de la legislación ética emprendida en Oklahoma se tradujo verdaderamente en una mejora de la percepción que los ciudadanos del Estado tienen de sus instituciones públicas, lo que nos permite ya a nosotros concluir que, sin duda, frente a alguna voz tan relevante como, hasta cierto punto, poco secundada de la doctrina norteamericana (7), al-

(3) En concreto, la tesis doctoral, que examinará comparativamente el sistema norteamericano de regulación de los conflictos de interés con el español concerniente a esa misma materia.

(4) Las demás ponencias afectaron a problemas más vinculados con la Ciencia Política o la Ciencia de la Administración, por lo que no se hará sino mencionar sus títulos correspondientes: «Valores comunes: Valores éticos de carácter transcultural»; «La educación del personal: La enseñanza de la ética pública»; «Los códigos de conducta: Principios generales y disposiciones específicas»; «La importancia de la participación ciudadana para la ética pública»; «La orientación de futuros intercambios internacionales en materia de ética pública»; «El sector público frente al sector privado: La función de la ética pública como factor de promoción de relaciones económicas mutuamente satisfactorias».

(5) Componían esta ponencia el señor James Thessin, Agente ético delegado del Departamento de Estado de los EE.UU.; la señora Marilyn Hughes, Directora ejecutiva de la Comisión de Ética del Estado de Oklahoma; el señor Enrico Zanelli, Profesor de Derecho Mercantil y representante del Ministro para la Administración Pública y Asuntos Regionales de Italia; el señor Howard Wilson, Director ejecutivo de la Oficina de Ética Pública de Canadá, y el señor Juri Adams, Ministro de Justicia de Estonia.

(6) Nótese que son precisamente esos Estados norteamericanos los que contaron con algún tipo de representación en el Congreso.

(7) En este sentido cabe interpretar las tesis de ROHR, que le llevan a calificar como *low road* (literalmente, «ruta baja») las soluciones que desde el Derecho pudieran instrumentarse para combatir genéricamente los comportamientos faltos de ética en los poderes públicos, en tanto que la *high road* (literalmente, «ruta alta») estaría constituida por las soluciones que al problema pretende dar la Ciencia de la Administración (cfr. J. A. ROHR,

gún papel ha de caber al Derecho, en forma de regulación *jurídica* de los comportamientos éticos en los poderes públicos, a la hora de proteger la integridad de sus actuaciones, sin perjuicio de reconocer que también otras disciplinas científicas tienen mucho que decir en este ámbito, muy en particular la Ciencia Política y la Ciencia de la Administración.

Y sin perjuicio tampoco de tener muy presente que la labor del Derecho en estos espinosos ámbitos es inevitablemente limitada, en especial si se retiene que la principal meta al respecto es la consecución de un *clima* verdaderamente propicio al comportamiento éticamente digno que envuelve (8) desde el último de los ciudadanos hasta el más alto de los gobernantes, y que impregne las conductas no sólo del sector público, sino también del sector privado.

Por su parte, el señor Howard Wilson dedicó especial atención en su intervención —como, en la escasa medida en que le fue posible, el profesor Zanelli (9)— a uno de los más importantes pilares sobre los que ha de basarse una legislación sobre los conflictos de interés digna de tal nombre, si se tiene en cuenta que la misma podría considerarse como una suerte de *buque insignia* de las demás funciones que al Derecho cabrían en el ámbito de la Etica Pública (10): se trata del llamado factor de la *apariencia*. Con su característica expresividad, la doctrina norteamericana ha calificado dicho fenómeno como el *efecto de la esposa de César*, en cuya virtud la regulación ideal de los conflictos de interés no sólo habrá de tratar de evitar que se produzcan groseras oportunidades para la corrupción; más aún, no sólo habrá de tratar de evitar que sobre el cargo o funcionario público pese la tentación de favorecer su interés particular frente al general, a la hora de adoptar una determinada decisión en el ejercicio de sus competencias; la regulación ideal de los conflictos de interés habrá de tratar de conseguir que hasta la propia apariencia de integridad en la adopción de decisiones públicas se vea asegurada, para así garantizar que, a los ojos de la comunidad, resulte evidente el dominio del interés público sobre el interés particular.

La importancia del factor de la apariencia difícilmente puede disimularse, pues a su vez implica otro elemento esencial de una regulación jurídica tendencialmente ideal de los conflictos de interés: su carácter *preven-*

Ethics for Bureaucrats: An Essay on Law and Virtue, 2nd ed., New York: Marcel Dekker, 1989, 23 y ss.).

(8) En esta idea, tan elemental como capital por su importancia, insiste, entre otros, S. WILLIAMS (cfr. *Conflict of Interest: the Ethical Dilemma in Politics*, Brookfield, Vermont: Gower Publishing Co., 1985, 17).

(9) El profesor Zanelli, como puede imaginarse, se vio forzado a dedicar la mayor parte de su intervención al enorme problema que plantea el que bien puede llamarse *mayor conflicto de interés de la historia* (al menos, de la más reciente) y que afecta al propio ex Presidente del Consejo de Ministros italiano, señor Berlusconi.

Las palabras del Ministro Adams se concentraron en los graves problemas de corrupción a que se enfrentan los países del Este de Europa y la ex Unión Soviética.

(10) Aunque el elenco no es exhaustivo, entre esas otras funciones podría mencionarse la legislación sobre la financiación de los partidos políticos, la legislación en materia de contratación pública, la legislación sobre gastos electorales o la legislación sobre actividades de *lobbying*.

tivo o normativo (11), por contraposición a prescriptivo. Las normas jurídicas de regulación de los conflictos de interés pretenden atajar los males *antes* de que se produzcan; pretenden evitar, con anterioridad a que efectivamente llegue a producirse tal situación, que un cargo o funcionario público anteponga sus intereses particulares (muy primordialmente financieros, pero también en ocasiones políticos o personales) a los de la colectividad (12). No debe extrañar, pues, que para el Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York, la regulación de los conflictos de interés constituya un auténtico «artículo de lujo», que sólo se pueden permitir aquellas sociedades que hayan logrado superar los burdos estadios de la corrupción e incluso de la indiferencia ante situaciones éticamente reprobables (13).

Ahora bien, si el factor de la apariencia constituiría elemento esencial de la regulación ideal de los conflictos de interés para la legislación, jurisprudencia y doctrina norteamericanas, su admisibilidad entre nosotros no podría dejar de calificarse, cuando menos, como altamente problemática. Si bien a primera vista se pudiera pensar que alguna manifestación de la regulación de la mera apariencia de conflictos de interés se halla en la propia legislación española en vigor, la incorporación que de la apariencia realizaría algún precepto es puramente indirecta y de consecuencias irrelevantes para la gran objeción que a continuación se formula (14), pues a nadie se oculta que el establecimiento de disposiciones tendentes a proteger la mera apariencia de integridad en la adopción de decisiones públicas, cuyo incumplimiento supusiera la imposición de sanciones de carácter administrativo (no digamos penal), podría resultar lesivo del principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución y, por ende, flagrantemente inconstitucional.

(11) Los términos «normativo» frente a «prescriptivo» fueron los que el Juez Abner J. Mikva, antiguo Presidente del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, empleó para hacer hincapié en esta misma idea, con ocasión del discurso de inauguración del Congreso.

(12) Estas ideas, sobre las que se insistirá más tarde, al comentar la intersección en esta materia del Derecho penal y del Derecho administrativo, fueron puestas de relieve en uno de los más concienzudos e influyentes estudios emprendidos en los EE.UU. sobre la regulación de los conflictos de interés, el realizado por el Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York, en 1960 (cfr. *Conflict of Interest and Federal Service*, Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 1960, 4-11).

En este mismo sentido, R. VAUGHN, uno de los autores de las muy escasas obras genéricas sobre la regulación de los conflictos de interés en los EE.UU., comienza su obra (en lo que supone una muestra más, si bien esta vez distinta, de la idiosincrasia norteamericana) con los versos del Padrenuestro «[n]o nos dejes caer en la tentación...» (cfr. *Conflict-of-Interest Regulation in the Federal Executive Branch*, Lexington, MA: Lexington Books, 1979, 1).

(13) Cfr. Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York, cit., 6.

(14) Se trata del artículo 10.1 de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos (de acuerdo con su modificación por Ley 9/1991, de 22 de marzo), que obliga a éstos a declarar para su inscripción en el correspondiente registro (de los dos existentes) aquellas actividades financieras privadas *potencialmente* susceptibles de entrar en conflicto con sus competencias como alto cargo. Sin embargo, el alcance de dicho precepto es mucho más limitado, toda vez que la sanción que se derivaría de su incumplimiento no lo sería por una mera apariencia de conflicto de interés, tolerada por el alto cargo, sino por el quebrantamiento del deber de declarar una situación potencialmente conflictiva, lo que desde luego no es lo mismo.

III. MECANISMOS PRÁCTICOS PARA LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

La segunda ponencia de interés a efectos de estas páginas se tituló «Los conflictos de interés: Concreción de mecanismos prácticos». Naturalmente, el objeto principal de su atención fue el tema de la regulación jurídica de los conflictos de interés (15).

Aunque existe no poca confusión doctrinal acerca de lo que deba entenderse por *conflicto de interés*, la tendencia (con mucho) dominante entre aquellos autores que han dedicado al tema estudios de carácter jurídico (16) consiste en centrar tales estudios en los conflictos de interés de carácter *financiero*, es decir, aquellos que enfrentan al cargo o funcionario público ante el dilema de beneficiar su interés pecuniario o económico personal o de favorecer el interés general, por más que ambos puedan verse más de una vez entrelazados. Sobre esta base, el Derecho no prestaría atención sino a este último tipo de intereses, los únicos, se estima, susceptibles de evaluación más o menos objetiva y, por tanto, susceptibles también de normación jurídica (17).

En cuanto a las intervenciones de los ponentes y, por lo que al señor Judd respecta, profundizó especialmente en la organización y funciones de la Comisión estatal de Etica que el mismo dirige en el Estado de Wisconsin. Quizás el más interesante aspecto de cuantos pormenorizó fuera el del carácter estrictamente ciudadano de los miembros de la Comisión: la misma constituye un singular modelo de participación popular *directa* en la gestión de la problemática ético-pública en dicho Estado. El único miembro retribuido y con dedicación exclusiva a la Comisión es el propio señor Judd.

La presencia del señor Ferreiro, en su calidad de Secretario ejecutivo de la Comisión Nacional de Etica Pública nombrada en abril de 1994 por el recién electo Presidente de Chile, señor Frei, encarnaba una de las posibles (y con mayor frecuencia empleadas) vías de aproximación a la problemática ética en los poderes públicos: el nombramiento de Comisiones in-

(15) Los miembros de la ponencia fueron: el señor Gabriel Paone, Agente ético delegado en el Departamento de Interior, EE.UU.; el señor Roth Judd, Director Ejecutivo de la Comisión de Etica del Estado de Wisconsin; el señor don Alejandro Ferreiro, Asesor del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de Chile; la señora Antonia Guvava, Directora del Departamento de Asistencia Jurídica de la Fiscalía General del Estado de Zimbabwe, y el señor James Kahoza, Controlador y Auditor General de Uganda.

(16) Se subraya ese carácter «jurídico» porque, por el contrario, es frecuente que otras disciplinas científicas apelen a definiciones más amplias de conflicto de interés, que llegarían a englobar cualesquiera afecciones psicológicas potencialmente predicables de una persona, sin ceñirse únicamente a las inclinaciones de tipo económico o financiero. Es el caso, por ejemplo, de T. L. COOPER (cfr. *The Responsible Administrator: An Approach to Ethics for the Administrative Role*, San Francisco: Jossey-Bass, 1990, 83 y ss.).

(17) Esta es la postura dominante en los EE.UU. desde el estudio citado del Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York y del importante trabajo de uno de los más destacados miembros de la Comisión que, en el seno de dicho Colegio, elaboró aquel estudio, el profesor Bayless MANNING (cfr. *Federal Conflict of Interest Law*, Cambridge, Ma.: Harvard University Press, 1964, 1 y ss.).

dependientes de expertos que, desde perspectivas estrictamente técnicas y con inspiración en instituciones jurídicas propias o comparadas, propongan soluciones o planteen (como fue el caso de esta Comisión chilena que, por cierto, dedicó muy detenida atención a la experiencia española) mecanismos de carácter preventivo frente a los comportamientos éticamente irregulares. Su intervención glosó las conclusiones a que dicha Comisión llegó con ocasión de sus trabajos (18).

Por su parte, la intervención de la señora Guvava describió la regulación jurídica de los conflictos de interés en Zimbabwe. A propósito de su país, Uganda, pero con particular insistencia en la situación africana en general, habló el señor Kahoza. Sus palabras fueron muy reveladoras de que una regulación jurídica de los conflictos de interés sólo gozará de viabilidad en sociedades suficientemente avanzadas para valorar la limpieza en la adopción de decisiones públicas, por haber superado las más elementales etapas del desarrollo económico y también del mayor riesgo de corrupción.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA SANCIÓN DE LAS CONDUCTAS ÉTICAMENTE INADECUADAS

El título de otra de las ponencias relevantes para nuestro propósito fue «La aplicación de la legislación ética: La sanción de las conductas éticamente inadecuadas» (19).

Con ocasión de sus respectivas participaciones, los distintos ponentes fueron desgranando los más importantes aspectos que subyacen en dicha rúbrica y que, sistematizados, se comentan a continuación.

1. *Medidas jurídico-penales frente a medidas jurídico-administrativas*

En efecto, la doctrina norteamericana viene tradicionalmente afrontando el muy singular dilema entre la conveniencia de regular los conflictos de interés preferentemente mediante instrumentos jurídicos de naturaleza penal o de naturaleza jurídico-administrativa (20). Las ventajas de uno u

(18) Cfr. el interesante informe elaborado por la citada Comisión Nacional de Ética Pública, *Probidad, transparencia y responsabilidad al servicio de los ciudadanos*, Santiago de Chile: Ministerio Secretaría General de la Presidencia, julio de 1994.

(19) Fueron sus miembros la señora Barbara Fredericks, Adjunta al Agente ético delegado del Departamento de Comercio de los EE.UU.; el señor Jim Barron, experto en Ética Pública y miembro de la Oficina del Gabinete del Reino Unido; el señor Ahmed Abdel Rahman, Director de la Autoridad de Control Administrativo de Egipto; el señor Sibusiso Nkomo, miembro de la Comisión de la Función Pública de la República Sudafricana; el señor Frank Harvey, Inspector General del Departamento de Defensa de Australia, y el señor John O'Donnell, Director ejecutivo de la Comisión de Ética del Estado de Maryland, EE.UU.

(20) Puede consultarse, además del tan mencionado estudio del Colegio de Abogados de la ciudad de Nueva York (cit., 4-11), la obra de B. MANNING (cit., 4), la de R. VAUGHN (cit., 27-28) y, con carácter tan reciente como brillante, la de C. FARINA, *Keeping Faith: Government Ethics and Government Ethics Regulation*, ABA Committee on Government Standards, «Administrative Law Review» (Summer), vol. 45-3, 1993, 287-341, 305.

otro ordenamiento no son difíciles de anticipar: una regulación predominantemente penal establecerá lógicamente sanciones más severas para el supuesto de incumplimiento, que en cierta medida disuadirán con mayor eficacia al cargo o funcionario potencialmente incumplidor de involucrarse en situaciones de conflicto de interés, lo cual es una ventaja. Ahora bien, la mayor severidad de la sanción obligará también a ponderar con mucho mayor cuidado la imposición de la misma, en especial respecto de comportamientos que impliquen escasos o moderados riesgos de menoscabo para la integridad pública, so pena de transformar en muy poco tiempo el tipo penal en una reliquia en desuso, ante la evidente injusticia que supondría imponer sanciones demasiado duras respecto de comportamientos no en exceso lesivos, constituyendo todo ello una desventaja, como también lo supondría el hecho de que la naturaleza penal de la norma rigidifique en gran medida su interpretación y aplicación.

Por el contrario, la normación administrativa, si bien no permite establecer sanciones de excepcional dureza, sí hace posible interpretar y aplicar con mayores flexibilidad y, si se quiere, *frescura* sus preceptos, que serían más frecuentemente utilizables, al no reportar su incumplimiento consecuencias en exceso onerosas para el infractor. El recurso, respecto de los funcionarios, a las medidas de carácter disciplinario es de evidente utilidad a estos efectos, sin perjuicio, como válvula de seguridad (aplicable a supuestos de mayor gravedad), de la exigencia de las responsabilidades de otro género a que hubiere lugar.

La regulación de las sanciones que hubieran de aplicarse a los altos cargos, situados al margen de la escala jerárquica de la carrera funcional, es mucho más problemática. Así, mientras que naturalmente no les es de aplicación el régimen disciplinario propio de los funcionarios públicos, no sería inimaginable, empero, la imposición de sanciones de dureza equiparable, principalmente de índole pecuniaria, siempre dentro de la órbita jurídico-administrativa. Con todo, la siguiente pregunta sería casi obligada y pretendería inquirir acerca del carácter (independiente o no) de la autoridad encargada de imponer la sanción al alto cargo infractor. Su respuesta se tratará de formular muy poco después (21).

2. *La conveniencia de contar con medidas de naturaleza positiva*

Con independencia de estos últimos problemas, suele ser cierto que las soluciones más correctas sean las que incorporan puntos de vista suficientemente plurales. Creemos que también en los temas que nos ocupan. Una regulación pretendidamente ideal de los conflictos de interés será aquella que combine moderadamente instrumentos penales con instrumentos administrativos, aquéllos siempre dispuestos para reprimir el comportamiento particularmente grave de quien se afane en emplear sus atribuciones

(21) V. *infra*, punto IV.3.

públicas en beneficio personal; éstos, para castigar infracciones de menor entidad, pero sobre todo (y la idea nos permite enlazar con la que a continuación se expondrá) para tratar de establecer, no tanto sanciones negativas, castigos que repriman por las faltas cometidas, sino pautas *positivas*, criterios constructivos de conducta que tengan en cuenta que la inmensa mayoría de los cargos y funcionarios públicos son personas cuyo comportamiento en el ejercicio de sus funciones se basa fundamentalmente en la honradez.

Efectivamente, resulta obvio que la norma jurídico-penal es por definición negativa, en cuanto establece castigos en retribución por la lesión de los bienes jurídicos que sus tipos protegen (22). De ahí su deficiente capacidad para incorporar pautas constructivas, que sirvan como incentivo y estímulo para el funcionario (la gran mayoría, se insiste) cumplidor de sus obligaciones. Este tipo de normas constructivas y positivas son eficaz remedio frente a uno de los riesgos que plantean las regulaciones jurídicas excesivamente centradas en la punición: la desmoralización del cargo o funcionario público (23), que observaría cómo, además de tener que conformarse con retribuciones menores a las que podría percibir en el sector privado, de deber tolerar muy considerables niveles de escrutinio y fiscalización pública y de haber de cumplir con más o menos estrictos requisitos encaminados a preservar su independencia e imparcialidad, se arriesgaría a muy severas sanciones en caso de violentar tales requisitos, sin que la legislación tenga suficientemente en cuenta su cotidiana y mayoritaria probidad.

Y ese tipo de normas constructivas o positivas serían satisfactoriamente encarnadas por disposiciones de naturaleza *jurídico-administrativa*, básicamente concretables del siguiente modo:

— En primer lugar, habrían de ser normas no excesivamente prolijas; es más, en muchos casos, no tendría por qué tratarse de normas *ex novo* (24). En lo que a España respecta, bastaría en muchos casos con efectuar interpretaciones generosas y *éticamente sensibles* de preceptos ya disponibles y que gozan de pleno vigor. Baste un ejemplo: es posible efectuar una lectura éticamente sensible de un precepto tan importante y tan amplio como el artículo 103.1 Ce, si se considera que la exigencia de «objetividad» para la

(22) Quizá por ello se ve obligada la Constitución a aseverar en su artículo 25.2 que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

(23) Cfr. C. FARINA, cit., 295-296.

(24) Una de las enseñanzas de la experiencia acumulada por la legislación ética norteamericana es la de que una excesiva proliferación normativa con frecuencia entorpece la eficacia, que se vería más favorecida por elencos normativos de menor dimensión. Esta idea fue recalcada en su intervención inaugural por el Juez Mikva y también señalada por C. FARINA en su discurso (asimismo inaugural) ante el Congreso Nacional de Ética Pública de los EE.UU., celebrado en septiembre de 1993; para FARINA, había llegado el momento en aquel país de efectuar una pausa y de reflexionar acerca del impacto de las muchas medidas legislativas y reglamentarias paulatinamente incorporadas (v. «Government Ethics Newsgram», Fall 1993, vol. 10, núm. 3, pág. 4).

actuación de la Administración puede fácilmente cobijar la necesidad de limpieza, imparcialidad e independencia o que la obligación de «servir con objetividad los intereses generales» es más que suficiente para estimar de rango constitucional la proscripción de comportamientos en el seno de los poderes públicos que, por el contrario, hagan predominante el interés particular (notoriamente el financiero).

Debe añadirse en este sentido que las medidas a que se hace referencia suelen incorporarse a los ordenamientos de modo apresurado y asistemático, sin la previa evaluación de su acomodo, como consecuencia de la intención de dar respuesta inmediata a escándalos de mayor o menor repercusión. De ahí la conveniencia de ralentizar el ritmo de las medidas que se vayan adoptando, de dosificar su implantación y de ponderar con cautela las repercusiones sistemáticas que las mismas puedan tener.

— En segundo lugar, dichas normas habrían de incorporar mecanismos *específicos, prácticos y eficaces*, que verdaderamente proporcionaran soluciones tangibles al cargo o funcionario público que, viéndose envuelto en conflictos de interés, constructivamente pretendiere desembarazarse de los mismos. Esas normas habrían de convertirse en auténticas herramientas de trabajo para el cargo o funcionario, elementos de guía y útil orientación para prevenir los conflictos o para solucionar aquellos que ya existieren. A título de ejemplo y sin pretensión agotadora alguna puede citarse, ante todo, la disponibilidad de un sistema exhaustivo, coherente y severo de declaraciones de intereses financieros (25), pero, asimismo, la previsión de instrumentos de abstención y recusación (26), la posibilidad de plasmación de dimisiones previas no traumáticas, facilidades mercantiles y fiscales para la enajenación de activos potencial o realmente en conflicto con las atribuciones públicas, constitución de fideicomisos ciegos o suficientemente diversificados para impedir el control por su titular del patrimonio financiero de dimensiones conflictivas, la instauración de mecanismos de protección de los denunciantes de las infracciones en materia de ética pública frente a represalias procedentes de sus superiores o compañeros o la adopción de disposiciones (tipo *punte de plata*) que recompensen el *arrepentimiento* de los infractores de la legislación ética, entre varias otras (27).

3. *La importancia de las instancias independientes de control y aplicación*

Este es el momento de responder una cuestión que quedó pendiente líneas atrás: la de si resulta o no determinante, para la eficaz y real aplicación de la legislación ética y en particular sobre los conflictos de interés, la existencia de instancias u organismos *independientes* de supervisión y gestión. La respuesta no es obvia, como demuestra alguna opinión doctrinal

(25) V. *infra*, punto V.

(26) En este sentido, los artículos 28 y 29 LRJ-PAC se revelan muy útiles entre nosotros.

(27) Todas las medidas citadas existen en la vigente legislación estadounidense. Sólo algunas entre nosotros, casi siempre con excesiva superficialidad.

contraria a la tesis aquí sostenida (28), según la cual sólo una autoridad dotada de un margen de independencia amplio, suficientemente *autónoma* respecto del alto cargo infractor, estará en condiciones de garantizar la efectiva imposición de una sanción contundente. Suponer lo contrario es desde luego legítimo, pero quizá implique ignorar no sólo la muy compleja naturaleza humana, sino también que, como la Historia ha demostrado, los controles más efectivos han sido casi indefectiblemente los que, desde instancias externas, han pretendido limitar el poder (29).

Aquí radicaría la autoridad de aquellas Comisiones u organismos que, desde posiciones inmunes frente a las fuentes de poder (notablemente las del Ejecutivo), estuvieran encargadas de gestionar y supervisar el cumplimiento de la legislación sobre conflictos de interés. Llegados supuestos comprometidos para quienes ocuparan el poder, tales instituciones no dudarían en hacer prevalecer la legalidad sobre la oportunidad, ante la ineffectividad de las presiones que pudieran ejercerse sobre ellas.

V. LAS DECLARACIONES DE INTERESES FINANCIEROS: EN ESPECIAL, LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA SU PUBLICIDAD

Como se dijo más arriba, otra de las ponencias que aquí interesan llevó por título: «Las declaraciones de intereses financieros: ¿Pueden las declaraciones públicas de intereses financieros impedir la transgresión de la legislación ética?» (30). Bien puede afirmarse, sin temor a exagerar, que el

(28) Es el caso de EASTLAND, para quien el éticamente irreprochable funcionamiento de los mecanismos de control en los EE.UU. durante el escándalo *Watergate*, en particular de la Fiscalía General de los EE.UU. y del Fiscal especial por ella nombrado, tratándose de instancias de control rigurosamente encuadradas en el Poder Ejecutivo, que fiscalizaban conductas nada menos que de la máxima autoridad ejecutiva (el Presidente, naturalmente), venía a demostrar la conveniencia de mantener bajo dominio del Poder Ejecutivo los mecanismos de control ético, sin necesidad de encomendarlos, como hizo el título VI de la Ley de Ética Pública (*Ethics in Government Act*) de 1978, a mecanismos dependientes del Poder Judicial (cfr. *Ethics, Politics and the Independent Counsel*, National Legal Center for the Public Interest, 1989, 127-135).

Este problema, el de la presunta inconstitucionalidad, por violación del principio de separación de poderes, del título VI de la Ley de Ética Pública de 1978 (que instituía la necesidad de que una terna de jueces del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia designara, a petición del Fiscal General del Estado, en el supuesto de que éste estimara oportuno llevar a cabo una investigación sobre presuntas infracciones de dicha Ley, a un fiscal especial que emprendiera aquélla con amplios poderes), generó todo un caudal de jurisprudencia menor, que sólo adquirió firmeza cuando el Tribunal Supremo de los EE.UU., en el asunto *Morrison v. Olson* (487 U.S. 654, 1988), falló en favor de la constitucionalidad del citado título VI de la Ley.

(29) En esta idea ha insistido, junto a muchos otros, un reciente clásico: Herman FINER [cfr. *Administrative Responsibility in Democratic Government*, «Public Administration Review», 1 (Summer), 1941, 335-350].

(30) Fueron sus componentes el señor Jim O'Sullivan, Asesor Jurídico de la Oficina de Ética Pública de los EE.UU.; don Héctor Feliciano Carreras, Director ejecutivo de la Oficina de Ética Pública de Puerto Rico; la señora Bonnie Williams, Directora ejecutiva de la Comisión de Ética del Estado de Florida, EE.UU.; don Héctor Huacuja, abogado y profesor del Instituto de Administración Pública de México, y el señor Les Jin, Asesor jurídico general de la Agencia de Información de los EE.UU., además del propio autor de este trabajo.

de las declaraciones de intereses financieros constituye el más importante de cuantos mecanismos específicos existen en el panorama jurídico comparado para evitar la producción de conflictos de interés o para dar solución a aquellos que ya se hubieren planteado.

Al hilo de las distintas intervenciones y del coloquio subsiguiente, se fueron planteando los más importantes problemas que plantean los mecanismos de declaración y que sucesivamente se sintetizan:

— *Quién* debe declarar: las posibilidades varían, según se obligue a efectuar declaración únicamente a los altos cargos de la Administración (junto con los miembros de las Cámaras legislativas) (31) o deban, asimismo, declarar cargos y funcionarios públicos de inferior nivel (32), con independencia de los diferentes regímenes jurídicos aplicables a aquel y a este grupo de declaraciones, como de inmediato se verá (33).

Este deber de declaración ha planteado en el ordenamiento norteamericano la duda de si el derecho a la *intimidad* del cargo o funcionario público declarante se vería por su causa desproporcionadamente cercenado. La jurisprudencia existente, inicialmente procedente de tribunales estatales, confirmó, sin embargo, la proporcionalidad y por ende la constitucionalidad de esta exigencia, pues la información que los poderes públicos pretenden obtener a través de ella es relevante a efectos de la evitación de potenciales o reales conflictos de interés (34). A idéntica conclusión terminó llegando el Tribunal Supremo de los EE.UU. (35).

(31) Es lo que sucede, como se sabe, entre nosotros, donde se establece tal obligación respecto de los altos cargos en el artículo 10 de la Ley 25/83 y en el artículo 160 LOREG y, respecto de los Diputados y Senadores, en los artículos 17 a 19 y 15 a 17 de los Reglamentos del Congreso y del Senado, respectivamente.

No existe obligación alguna de declarar para el resto de cargos y funcionarios públicos, cuando es sabido que, muy frecuentemente, cargos y funcionarios de niveles intermedios e incluso inferiores se hallan expuestos de forma muy especial al surgimiento de conflictos de interés, por su directo trato con los particulares, principalmente en materias como la contratación pública, el otorgamiento de concesiones y licencias o la administración de prestaciones sociales y asistenciales.

(32) Este es el sistema en vigor en los EE.UU., por mor de lo dispuesto en los artículos 101 (f) y 107 del título 5 del Código de los EE.UU. (CEU), incluido entre las disposiciones de la Ley de Etica Pública de 1978.

(33) En directa conexión con el citado se halla el problema de la extensión del deber de declaración respecto de las actividades y patrimonio del cónyuge, descendientes menores de edad o simplemente dependientes y, en su caso, otros familiares del cargo o funcionario público declarante. Como se indicó en la correspondiente intervención, éste es el caso de la normativa aplicable a los funcionarios de la Unión Europea, a tenor del artículo 13 del Reglamento 259/1968, de 29 de febrero, por el que se establece el Estatuto de los funcionarios comunitarios. También el de la legislación de los EE.UU., según lo previsto en el artículo 102 (e) del título 5 CEU.

(34) La línea dominante a que se hace referencia se vio, sin embargo, precedida por una sentencia de signo contrario [*Carmel-by-the-Sea v. Young* (2 Cal. 3d 259, 466, P. 2d 225, 85 Cal. Rptr. 1, 1970)]. Aquella comenzó a quedar sentada tras las sentencias *Stein v. Howlett*, 52 Ill. 2d 570, 578, 289 N.E. 2d 409, 413 (1972) *app. dis.*, 412 U.S. 925 (1973); *Illinois State Employees Association v. Walker* (57 Ill. 2d 512, 315 N.E. 2d 9, 1974); *Fritz v. Gorton*, 83 Wash. 2d 275, 517 P. 2d 911, 925 (1974); *Montgomery County v. Walsh*, 274 Md. 502, 336 A. 2d 97 (1975), o *In Re Kading*, 70 Wisc. 2d 508, 235 N.W. 2d 409 (1975).

(35) *DuPlantier v. U.S.*, 606 F. 2d 654, 669 (5th Cir. 1979), cert. den., 449 U.S. 1076 (1981).

— *Qué se debe declarar*: suele ser común a los diversos sistemas la obligación de declarar actividades y/o bienes patrimoniales (36). Por lo demás, la experiencia en los EE.UU. recomendó la combinación de la exigencia de declaración de las cantidades exactas de los intereses financieros involucrados con la de la mera declaración de inclusión de los importes en tramos cuantitativos especificados en una escala. Dicha experiencia (37) aconsejó tal combinación en aras de principios de intervención mínima, dado que la exigencia de declaración por tramos de importes, permitiendo discernir la naturaleza potencialmente perniciosa de un interés, resulta al tiempo más respetuosa del derecho a la intimidad.

— *Cuándo se debe declarar*: el establecimiento de plazos de declaración tiene su importancia a efectos de posibles sanciones, que suelen aplicarse a los casos en que el deber de declaración se cumple con retraso (38).

— *Cómo se debe declarar*: esta pregunta envuelve el más importante de cuantos problemas suscita la exigencia de declaraciones de intereses financieros, el del carácter público o confidencial de la declaración que presente el cargo o funcionario público, en función de la posibilidad o imposibilidad de acceso a los correspondientes registros para la generalidad de los ciudadanos. El sistema más avanzado es el norteamericano, conforme al cual todas las declaraciones presentadas con cualesquiera contenidos por todos los altos cargos de designación política y por los altos funcionarios de carrera tendrán carácter público; por el contrario, tendrán carácter confidencial las que presenten aquellos funcionarios de carrera de niveles inferiores que, por decisión de sus respectivos organismos administrativos, deban, no obstante, presentar declaración (39).

Entre nosotros, en virtud de la Ley 35/83 (art. 12), tendría carácter pú-

(36) En lo que al sistema español respecta, actualmente sólo los altos cargos de mayor responsabilidad están obligados a declarar por ambos conceptos, debiendo los demás presentar declaración únicamente sobre sus actividades y no sobre sus bienes patrimoniales (art. 10.2 Ley 25/83). La situación se modifica, en cambio, a la luz del Proyecto de Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos, actualmente en tramitación en las Cortes Generales («BOCG», Secc. Congreso de los Diputados, núm. A-86-1, 7 de noviembre de 1994): dicho Proyecto exige que *todos* los altos cargos incluidos en su ámbito de aplicación presenten declaración por *ambos* conceptos (arts. 5 y 6).

(37) Muy particularmente, la adquirida en uno de los más punteros Estados norteamericanos en la materia, Florida, como confirmó en su intervención la señora Williams.

En lo que a la legislación federal respecta y, como resultado de esta combinación de criterios —por exponerlo muy a grandes rasgos—, se presenta, por un lado, el artículo 102 (a) (1) (A) del título 5 CEU, que exige declaración de importes respecto de los rendimientos del trabajo, y, por otro, el artículo 102 (a) (1) (B) del propio título, que simplemente lo hace de tramos respecto de rentas, dividendos o rendimientos del capital, entre otros ingresos.

(38) En punto al ordenamiento español, si bien es cierto que existía un plazo de tres meses para presentar la declaración y una cláusula genérica de sanción para el supuesto de incumplimientos de la Ley 25/83 (establecidos en los arts. 10.3 y 11.1, respectivamente), uno de los cuales sería, desde luego, la violación de tal plazo, resulta tan desproporcionado como rayano en lo esperpéntico instar el mecanismo de sanción (que requiere nada menos que un acuerdo del Consejo de Ministros) por una infracción de semejante levedad.

(39) Artículos 105 y 107 del título 5 CEU.

blico únicamente el registro que contiene las declaraciones de actividades real o potencialmente incompatibles. El registro patrimonial no es de acceso público. No obstante, la situación se modificaría de ser aprobado en sus actuales términos el Proyecto en tramitación. Según el mismo, el registro de actividades mantendría su carácter público, mientras que al de bienes patrimoniales se concedería acceso restringido a las Cortes Generales, sin más condiciones, y a los tribunales de justicia, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo, en estos tres últimos casos conforme a las condiciones especificadas en el artículo 8.3.

Estas disposiciones, que restringen sin explicación alguna el acceso público a ciertas clases de declaraciones financieras, sugieren la duda acerca de su potencial incompatibilidad con el derecho de los ciudadanos al acceso a los archivos y registros administrativos, contenido en el artículo 105.b) Ce (y desarrollado en el art. 37 LRJ-PAC), pues salvo que resulten de aplicación las otras dos excepciones en dicho artículo previstas, concernientes a la seguridad y defensa del Estado y a la averiguación de los delitos (extremos que resultarían mucho más difícilmente contestables), ¿no sería ciertamente delicado mantener que el derecho a la intimidad del cargo o funcionario público bastaría sin más para impedir dicho acceso?, ¿no sería un bien jurídico de tanta importancia como el de la integridad de las instituciones públicas, motivo suficiente para limitar en esta escasa —aunque trascendente— medida ese derecho a la intimidad que, pese a ello, no vería en modo alguno alterado su contenido esencial?

— Y este capital aspecto de la publicidad o no de las declaraciones nos lleva al último de cuantos en esta ponencia se trataron, el relativo a las *sanciones* que por incumplimiento de esta normativa se puedan imponer. Y nos lleva a ello porque, paradójicamente, y por continuar con referencias al caso español, la publicidad generalizada de todas las declaraciones sin excepción, que debiera ser una garantía de limpieza incorporada automáticamente a las consecuencias de la aplicación de la legislación en la materia, es entre nosotros la única sanción que actualmente se prevé para el supuesto de que el alto cargo incumpla su obligación de declarar, pues dicha infracción, siempre que así lo decida el Consejo de Ministros, sería hecha pública e inscrita en el registro correspondiente (art. 11.1 Ley 25/83) (40). En otros sistemas es frecuente la imposición de sanciones pecuniarias (41).

(40) Si el Proyecto que las Cortes tramitan entrara en vigor con su actual redacción, se incorporaría una nueva tabla de infracciones, con algunas nuevas sanciones, entre las que destaca la contenida en el artículo 13: se trataría de una sanción de *inhabilitación* para ocupar cargos públicos por un período entre tres y diez años, en caso de incurrirse en alguna de las infracciones en el Proyecto previstas como muy graves, o hasta tres años, si se tratase de alguna de las infracciones graves.

(41) Así, en los EE.UU., por virtud del artículo 104 del título 5 CEU.

VI. LIMITACIONES LEGALES A LAS ACTIVIDADES ANTERIORES Y POSTERIORES
AL DESEMPEÑO DE UN CARGO O FUNCIÓN PÚBLICOS

La última ponencia llevó por título «La llamada “puerta giratoria”: La problemática ética suscitada por el intercambio de personal entre los sectores público y privado» (42).

Como de los debates se desprendió, la gran disyuntiva que presenta este tema es la que, por una parte, obliga a preservar la integridad de los poderes públicos mientras, por otra, hace preciso que los mismos cuenten con personal suficientemente cualificado para ocupar funciones y cargos públicos. En consecuencia, la regulación ideal en esta materia será aquella que logre aproximarse más a un equilibrio entre ambos polos extremos. De primarse en exceso la integridad, podría conseguirse una Administración impecable, pero ocupada por personal de la suficiente incompetencia como para ser rechazado por el sector privado; de primarse en exceso la cualificación, se contaría con las mejores cabezas, pero muchas de ellas podrían hallarse condicionadas por un interés financiero personal.

Las técnicas para afrontar este reto suelen ser de dos grandes tipos: técnicas de regulación de conductas conexas con hechos *anteriores* al acceso de una determinada persona a un cargo o función pública y técnicas de regulación de conductas *posteriores* al desempeño del cargo o función.

La técnica más destacada de las que tienen su origen en conductas *anteriores* es la que en los EE.UU. considera ilegal (43) la percepción por los cargos o funcionarios públicos de reciente nombramiento de *pagos fraccionados* abonados por sus antiguos empresarios. Se estimaría, pues, con ciertas excepciones que no es posible detallar, que dichos pagos se habrían efectuado en razón de la nueva condición de servidor público del antiguo empleado, hecho que pudiera inclinar a este último a favorecer en su actuación pública los intereses del antiguo empresario, más aún cuando es bien probable que el reciente cargo o funcionario público vuelva a prestar sus servicios en favor de la antigua empresa una vez abandone la Administración.

Por otro lado, la técnica por excelencia de regulación de conductas *posteriores* al desempeño del cargo o función pública es la que establece restricciones a los empleos que el cargo o funcionario saliente pueda ocupar en el sector privado. Con este propósito, se establecen limitaciones temporales, que oscilan desde la perpetuidad (en el caso de la regulación norte-

(42) Fueron sus componentes el señor Joseph Gangloff, Director de la Sección de Integridad Pública del Departamento de Justicia de los EE.UU.; la señora Rosamund Thomas, Directora del Centro de Ética Pública y de los Negocios de la Universidad de Cambridge, Reino Unido; el señor Uzy Berlinsky, Inspector General del Estado de Israel; el señor Michael Vaughan, Consejero Ético del Gobierno del Canadá, y la señora Barbro Westerholm, Presidente de la Comisión Informal de Ética del Parlamento de Suecia.

(43) Por su potencial incompatibilidad con la prohibición de que los cargos y funcionarios perciban retribución de fuentes ajenas a la propia Administración, tipificada con carácter penal en el artículo 209 del título 18 CEU.

americana y respecto de aquellas materias más íntimamente relacionadas con los antiguos cargo o función pública) (44), hasta los tres años (como sucede en la UE respecto de ciertos funcionarios de especial responsabilidad para quienes así se determine) (45), los dos años que en nuestro ordenamiento se prevén respecto de los altos cargos y en relación con los asuntos sobre los que hubieren adoptado alguna resolución al amparo de su cargo (46), y en la legislación norteamericana para cargos y funcionarios públicos que pretendan intervenir en asuntos con los que hubieran mantenido alguna relación en su etapa al servicio de la Administración (47), o un solo año, como se prevé en los EE.UU., respecto de cargos y funcionarios públicos que pretendan realizar determinadas actividades de colaboración o asesoramiento (48).

Como se ve, una historizada gama de herramientas, imprescindibles en las sociedades desarrolladas contemporáneas, donde las fronteras entre el sector público y el sector privado son cada vez más difusas, lo que haría tan inviable como indeseable la introducción de elementos de impermeabilización.

VII. BREVE CONCLUSIÓN

Sólo una idea servirá para finalizar. Es propia del Agente ético delegado de la Oficina Ejecutiva de la Presidencia de los EE.UU. (49). Para el señor Nussbaum, en efecto, la legislación sobre los comportamientos éticos en los poderes públicos, y muy especialmente la de los conflictos de interés, sería en cierta medida el *precio* que los ciudadanos de sociedades democráticas habrían de pagar por tener expeditas las vías de acceso a las funciones o cargos públicos.

No cabe duda de que, en España, tales vías de acceso participativo están despejadas. Cabría, empero, preguntarse si el precio que como ciudadanos pagamos por dicha participación es suficientemente elevado para garantizar que, además de plurales, nuestras decisiones públicas resulten limpias.

(44) Artículo 207 (a) (1) del título 18 CEU.

(45) Así lo dispone el artículo 16 del Estatuto de funcionarios de la UE, aprobado por Reglamento 259/68.

(46) Artículos 9.2 de la Ley 25/83 y 2.4 del Proyecto de Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos.

(47) Artículo 207 (a) (2) del título 18 CEU.

(48) Artículo 207 (b) del título 18 CEU.

(49) La expresó con ocasión del ya citado Congreso Nacional de Etica Pública que la Oficina norteamericana de Etica Pública organizó en septiembre de 1993 (v. «Government Ethics Newsgram», Fall 1993, vol. 10, núm. 3, pág. 5).

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

