

Control de la administración pública por los tribunales de justicia (en el ámbito penal)

Carlos JIMENEZ VILLAREJO

1. INTRODUCCION

Los factores desestabilizadores del sistema constitucional se manifiestan tanto en el orden político como económico. Y, como veremos, consisten sustancialmente en abusos de poder que lesionan valores esenciales del Estado social y democrático de Derecho.

En el ámbito de la función pública, los abusos de poder, cuando adquieren cierta gravedad y relevancia, son expresiones de corrupción. En la actividad económica, lesionan el orden económico constitucional y perjudican a los consumidores, es decir, al conjunto de los ciudadanos.

Cualquiera que sea el concepto y la determinación de los rasgos esenciales de la corrupción, hay ya una coincidencia global de que pone en cuestión, en peligro, el propio sistema democrático, entendido como el conjunto de instituciones que conforman el orden constitucional. Podemos aceptar un concepto de corrupción para afrontar el problema, el de Nye "aquella conducta que se desvía de los deberes normales de una función o cargo público a causa de ganancias personales, pecuniarias o estatus o que conculca reglas orientadas a combatir ciertos logros de influencia particular". La corrupción dice el Consejo de Europa es "sobre todo, un abuso de poder o una falta de probidad en la toma de decisiones". Asimismo afirma: "La corrupción comprende las comisiones ocultas y cualquier otra actuación que personas investidas de funciones públicas o privadas llevan a cabo con violación de los deberes que les corresponden, a fin de obtener ventajas ilícitas de cualquier naturaleza ya para sí ya para terceros".

La incidencia gravemente negativa de la corrupción, y en particular de la delictiva, sobre el Estado democrático es contemplada también desde la doctrina española sobre la materia. Así, entre otros, Garzón Valdés señala que "la corrupción se vuelve posible y prospera cuando los *decisores* abandonan el punto de vista interno y actúan *deslealmente* con respecto al sistema normativo", cifrando la gravedad de la corrupción en la ruptura de la *lealtad democrática* como "cuestión central de la democracia actual". Al concepto de deslealtad también se refiere el trabajo de A. Saban: "el componente anímico de la conducta corrupta es la *deslealtad*, entendida ésta como la actuación en contra de los intereses cuya defensa nos viene confiada...". Y más recientemente, A. Nieto la definía como "el uso desviado de los poderes públicos en beneficio particular". Y en la Memoria de 1995 y la Instrucción 1/96 del Fis-

cal General del Estado se perfila también un concepto de corrupción delictiva. Este criterio es el que, referido expresamente a la corrupción en el ámbito público, asumió expresamente el Tribunal Supremo en la sentencia de 20.09.1990 cuando la definió como "una traición fundamental de los deberes de lealtad, probidad y fidelidad inherentes a la función pública".

Decimos cuanto antecede para destacar, por encima de cualquier otra consideración, que la lucha contra la corrupción es una exigencia fundamental del Estado social y democrático de derecho. Por una parte, todo el poder público, en sus variadas manifestaciones, está sometido al Derecho. Así lo establece taxativamente con carácter general el artículo 9 de la Constitución. "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", sometimiento paralelo a "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", imperativo constitucional que tan claramente se perfiló en las Sentencias del Tribunal Constitucional de 20.07.81 y 03.08.83. Complementando dicho principio general, es exigido con carácter específico para el Gobierno en el artículo 97, para la Administración Pública en el artículo 103.1 y para los jueces en el artículo 117.1, previsiones, particularmente la de servir "con objetividad a los intereses generales", que pretenden mantener, como expresó la sentencia del Tribunal Constitucional 77/85, de 27 de junio, a los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales.

Es, asimismo, un rasgo específico del Estado de Derecho, que fundamenta también el deber de cuantos integran la Administración de "servir con objetividad los intereses generales" y actuar con "imparcialidad en el ejercicio de sus funciones", norma fundamental para la prohibición y la sanción penal de las conductas corruptas.

Pero, también el abuso de poder económico es manifiestamente contrario a la Constitución. La definición del Estado como "social" obliga a entender que el reconocimiento de la "economía de mercado" y la "libertad de empresa" está complementado con previsiones en orden a garantizar no sólo las obligaciones propias de un Estado prestacional, sino la posibilidad "de transitar a formar superiores de solidaridad y convivencia" para realizar el valor constitucional de la "justicia"².

En efecto, la Constitución establece un determinado modelo de "orden socioeconómico", el que está comprendido bajo el concepto, con origen en la

¹ Pablo García Mexía. *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Editorial Aranzadi. Pág. 59

² V. Angel Garrarena Morales. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos. Pág. 91.

Constitución de Weimar, de *Constitución económica* que no es otra cosa que “el marco y los principios jurídicos de la Ley fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica” (S. Martín Retortillo) y que ya asumió el Tribunal Constitucional, S. 1/82, de 28 de enero, al decir: “En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX, y de forma semejante a lo que sucede en las más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica formal. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad ésta reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de «un orden económico y social justo».”

Criterio que define la línea de un “orden socioeconómico”, característico del Estado social de Derecho, en el que, por tanto, el reconocimiento de “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38 CE.) como eje del sistema económico está sujeto a un amplio conjunto de prescripciones constitucionales, como la función social de la propiedad privada (art. 33.2) que, como acertadamente sostiene Díez Picazo, no sólo “*preserva* a la propiedad en un sistema económico que continúa siendo capitalista” sino que “origina deberes para el propietario en función de intereses distintos y del interés público general” (véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, sobre utilidad individual y función social de la propiedad privada), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128.1), la planificación de la actividad económica para atender a las necesidades colectivas, equilibrarlas y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el conjunto de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1) y, finalmente, por imperativo del artículo 9.2, el compromiso de los poderes públicos de promover la efectiva y real igualdad y libertades de los ciudadanos mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a ello. Con ello la Constitución define un sistema social y económico, esencialmente dinámico, que se traduce en la función promocional del orden social que expresan los preceptos constitucionales según los cuales los Poderes Públicos deben promover, garantizar y asegurar los derechos que se integran en “los principios rectores de la política social y económica”.

Desde este marco fundamental, podría sostenerse que el sistema está configurado por la libertad económica, cuyo núcleo es la empresa y el mercado (art. 38), completado por una ordenación de la actividad económica por los poderes públicos con el fin de “promover el progreso... de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida” (Preámbulo de la Constitución) que se concreta en los artículos 40, 45, 50, 54, 130, 131, etc., preceptos que no persiguen otra cosa sino equilibrar el desarrollo económico. Pero, en todo caso, debe reco-

nocerse que la economía de mercado no sólo no excluye la intervención de los Poderes Públicos en la regulación de la misma sino que, como ha explicitado la STC. 88/86, de 1 de julio, el propio mantenimiento del mercado y la garantía de la competencia impone aquella intervención pública. Así lo reconoce formalmente la Ley 3/91, de 10 de enero, reguladora de la competencia desleal al referirse en la Exposición de Motivos a los valores que han cuajado en nuestra “Constitución económica” para, a continuación, regular específicamente las conductas de competencia desleal.

Estamos, pues, ante un sistema de “orden socioeconómico” que el legislador debe amparar y proteger frente a aquellas conductas que lo perturban gravemente.

Y, desde luego, desde este régimen de convivencia y sistema de valores, la actividad pública o económica necesita de límites de carácter punible y los ciudadanos como sujeto colectivo de derechos y necesidades deben ser protegidos penalmente frente a conductas que, como las corruptas, lesionan o ponen en peligro gravemente sus intereses y los del propio sistema.

Pero, además y con anterioridad a la reacción penal frente a los abusos, el ordenamiento jurídico debe garantizar un marco de garantías tendentes a prevenirlos o, incluso, impedirlos. Es lo que se ha llamado estrategia en orden a reducir la vulnerabilidad de las instituciones públicas o privadas y que permitan la detección y la neutralización de los abusos en el ejercicio del poder. Estrategias que todos los analistas centran, entre otras exigencias, en la transparencia de la Administración Pública y el efectivo funcionamiento de los mecanismos de control interno y, en la actividad económica, en una reglamentación rigurosa que evite el dominio monopolístico del mercado y la protección de los consumidores.

El somero análisis de estos mecanismos es el objeto de esta exposición.

Es evidente que consideramos necesario no sólo que el Estado tipifique y sancione penalmente las conductas abusivas graves en cada uno de estos ámbitos —regulación penal que hoy, globalmente, podemos considerar satisfactoria— sino su eficaz persecución.

Pero el Estado también debe garantizar unas medidas preventivas básicas, por varias razones. En primer lugar porque la intervención judicial penal sólo debe producirse en momentos de crisis de los controles preventivos. En segundo lugar, para evitar lo que se ha denominado “huida al Derecho Penal” que, sancionando conductas individuales con penas más o menos simbólicas, no hace sino aceptar y consentir la desviación del sistema. Así lo resumía la penalista García Arán, “el carácter simbólico de una norma penal no está tanto en su propio contenido como en la ausencia de otros mecanismos extrapenales que eviten el recurso al Derecho Penal”³.

³ ¿Hasta dónde la criminalización de lo público?, en la obra colectiva *Crisis del sistema público, criminalización de la vida pública e independencia judicial*. Consejo General del Poder Judicial.

Debe ser un objetivo previo a la sanción penal la eliminación de zonas oscuras o de impunidad que, en cuanto deficiencias del sistema, favorecen toda clase de abusos. Y, en tercer lugar, porque "no es misión del Derecho Penal la erradicación de la corrupción"⁴ que, además, exigiría para ser realmente eficaz una armonización internacional de los ordenamientos jurídicos y una mejora sustancial de la cooperación penal internacional.

El planteamiento que exponemos no responde fundamentalmente a la necesidad de aplicar a la Administración y a la actividad empresarial los principios de una ética pública, como han expuesto algunos autores, sino sencillamente es una derivación de la rigurosa aplicación del principio de legalidad democrática a las instituciones públicas y a la sociedad civil.⁵

II. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y DE LA FUNCION PUBLICA

En los últimos años hemos asistido a un incremento de las normas que tratan de procurar, como freno a la corrupción, una mayor transparencia en la actuación de la Administración y mayores límites a la discrecionalidad en las decisiones administrativas, con el propósito de evitar la subordinación del interés general al interés privado. Examinaremos brevemente el alcance y consecuencias de algunas de ellas.

1. Los partidos políticos

La regulación de la financiación de los mismos es manifiestamente insuficiente pese a la trascendencia de su función en el sistema democrático.

La Constitución española los sitúa en el Título Preliminar –el mismo en que se define a España como una "Estado social y democrático de Derecho"– proclamando en el artículo 6 "Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política". Preceptos que han llevado al Tribunal Constitucional a afirmar: "La colocación sistemática del artículo de la Constitución española expresa la importancia que reconoce a los partidos políticos dentro del sistema constitucional y la protección que de su existencia y de sus funciones hace no sólo desde la dimensión individual del derecho a constituirlos y participar activamente en ellos, sino también en función de la existencia del sistema de partidos como base esencial para la actuación del pluralismo político" (STC 85/86).

En similares términos se expresaba el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de octubre de 1997

sobre el caso FILESA: "Dicha norma –la Ley Electoral General– limita los gastos electorales de las distintas candidaturas con un doble fundamento constitucional, evitar la distorsión de la publicidad abusiva en detrimento de la sana formación de la opinión pública base del Estado democrático, y evitar también la vulneración del principio de igualdad como uno de los inspiradores del ordenamiento jurídico".

Las razones expuestas justifican que el Estado haya asumido una parte importante de la financiación de los partidos mediante el sistema de subvenciones que se regula en varias disposiciones legales.

Desde esta perspectiva, cobra singular importancia cómo se produce la financiación de los mismos por dos razones. Primera, porque el crecimiento de los costes de la política derivado sobre todo de las modernas campañas electorales ha impuesto a los partidos políticos una exigencia de recursos económicos que no podía ser satisfecha por los partidos políticos por la vía de la cuota de sus militantes. En consecuencia, la obtención de dinero se convertía en un objetivo político en sí mismo.

Y, en segundo lugar, porque las aportaciones económicas privadas pueden generar una desigualdad económica entre los partidos que rompe el principio de igualdad de oportunidades llegando a afectar a la representatividad de los mismos y al propio fundamento del principio del pluralismo político.

Ante una problemática tan relevante es comprensible que el Consejo de Europa se plantee el estudio de la criminalización de las formas más graves de financiación irregular de los partidos políticos y las campañas electorales.

La financiación está regulada en España por la Ley Orgánica 3/87, de 2 de julio, sobre financiación de los partidos políticos y por la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, de Régimen Electoral General. La Ley de 1987 ya se refiere a los presupuestos anteriormente mencionados.

El sistema de financiación privada y el de financiación electoral carece de normas de control efectivo y de sanción eficaz como ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones el Tribunal de Cuentas. Es más, el artículo 134.2 de la Ley Electoral General otorga al Tribunal de Cuentas la facultad de proponer cuando se violen las restricciones establecidas en materia de ingresos y gastos electorales "la no adjudicación o reducción de la subvención estatal al partido, federación o agrupación de que se trate", sin que nos conste el uso que se ha hecho de esta facultad.

Normas similares sobre el control de la contabilidad electoral se encuentran en los artículos 121 y 132 a 134 de la Ley Electoral General que atribuye a la Junta Electoral Central y a las Provinciales la facultad de recabar de los administradores electorales y de las entidades bancarias las informaciones contables que estimen necesarias para el cumplimiento de su función fiscalizadora. Se contempla incluso la previsión (art. 132.4) de que "si de sus investigaciones resultasen indicios de conductas

⁴ J. González. *Corrupción y justicia democrática*. Editorial Clamores.

⁵ Ubaldo Nieto. *Ética de Gobierno. Economía y Corrupción*, págs. 24-33. Editorial Universidad Complutense.

J. González Pérez. *La ética en la Administración Pública*. Cuadernos Civitas.

Adela Cortina. *Ética de la empresa*. Editorial Trotta.

constitutivas de delitos electorales lo comunicará al Ministerio Fiscal...”, sin perjuicio de la facultad sancionadora de las Juntas Provinciales conforme a lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley.

Pues bien, tenemos serias dudas, además de la manifiesta insuficiencia del régimen de financiación de los partidos, de que la administración electoral ejercite las descritas facultades legales, practicando las investigaciones conducentes al control de la financiación electoral. Dudas que tienen su fundamento en que tras veintitrés años de elecciones democráticas y pese a la desconfianza que suscita la financiación de los partidos, tampoco nos consta que se haya aplicado el delito electoral del artículo 149.1 de la Ley Electoral General que sanciona el incumplimiento grave de las normas sobre contabilidad y cuentas electorales⁶.

2. La actividad económica de la Administración

En primer lugar, a causa de que la economía de mercado exige que el Estado ejerza una función económica correctora precisamente para garantizar y preservar una dimensión social inspirada en principios de justicia, el Estado “asume un importante papel en el gobierno de la economía” (C. Auger), como la tributación y el endeudamiento, las actividades crediticias, la regulación urbanística, expropiaciones, privatizaciones y, sobre todo, inversiones directas en obras públicas o las que se producen a los concesionarios de obras y servicios públicos, terreno, sin duda, favorecedor de prácticas corruptas.

En efecto, la contratación pública es, quizás, el ámbito que mejor debe preservarse de la corrupción, en cuanto representa una participación indirecta en el ejercicio de funciones públicas. El preámbulo de la Ley 13/95, de 18 de mayo, ya lo precisaba con claridad: “Una de las más importantes enseñanzas de la experiencia es la necesidad de garantizar plenamente la *transparencia* de la contratación administrativa como medio para lograr la *objetividad* en la actividad administrativa y el *respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia*”. Y para el logro de estos objetivos dice la Exposición de Motivos que se han incluido medidas conducentes a ello como la *publicidad* de la licitación y adjudicación, la regulación de las *causas de la prohibición de contratar y de suspensión de la clasificación* y el *registro de contratos* y, en efecto, hay constancia formal en la Ley del desarrollo de estas medidas.

Pero, es oportuno recordar aquí que precisamente la Sentencia de 24 de julio de 1997 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Baleares, haciendo suyo un texto de García de Enterría argumenta, como uno de los fundamentos para ab-

solver a Cañellas del delito de prevaricación de que era acusado por el Ministerio Fiscal, el reconocimiento a la Administración en la Ley de Contratos del Estado de “un ámbito de apreciación bastante extenso” en la adjudicación de obras.

Precisamente, por ello, la garantía última de una contratación pública ajustada a dichos principios es la actuación rigurosa y extremadamente vigilante de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, de las Juntas de Contratación –sujetas al deber de abstenerse conforme a los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– y del Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus facultades que se derivan del artículo 58 de la Ley.

En el marco de la contratación pública fue ejemplar la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1997 (caso Pujana alcalde de Hospitalet) que condenó por tráfico de influencias y prevaricación, fundamentando la desviación de la resolución en que en el proceso de adjudicación de la construcción de aparcamientos subterráneos aquella se hizo a través de un “tráfico de influencias en cadena”, a favor de una empresa que no ofrecía garantías de solvencia económica, técnica y profesional, ni cumplía el requisito de clasificación obligatoria para contratar con la Administración, además de diversas irregularidades formales.

La contratación pública es, un ámbito, donde en efecto las autoridades y funcionarios pueden patrimonializar el poder público en beneficio propio o de terceros.

Ciertamente, entre las prohibiciones para contratar, contenidas en el artículo 20 de la Ley, mantenidas y actualizadas por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, sigue exigiéndose como primera causa de prohibición la de haber sido “condenado mediante sentencia firme” por los delitos que se mencionan, exigencia introducida por la Ley 9/96, de 15 de enero, dado que en el primer texto bastaba, como estimo que era más acertado, estar inculcado o procesado por los respectivos delitos para no poder contratar con la Administración, requisito que, en todo caso, sería de menor entidad que otros previstos en la Ley⁷.

También es una norma relevante la prohibición de contratar (art. 20.e) impuesta a determinadas autoridades y funcionarios y su círculo más cercano de familiares para evitar en términos e R. Parada Vázquez, cual-

⁷ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Artículo 20.a).- Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de falsedad, contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, cohecho, malversación, tráfico de influencias, revelación de secretos, uso de información privilegiada, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores o por delitos relativos al mercado y a los consumidores. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurren las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.

⁶ Artículo 149.1 de la Ley Electoral General.

Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportaciones o gastos o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

quier "duda razonable de la fiabilidad" en la neutralidad, objetividad e imparcialidad de la adjudicación de los contratos⁹.

3. Normas sobre el ejercicio de la función pública

Las más importantes de ellas, como prevención de la corrupción, son las que regulan el régimen de incompatibilidades, particularmente, de altos cargos y funcionarios y las que contemplan otros deberes, como las declaraciones de actividades y bienes y el deber de abstención.

Sin duda, la legislación de incompatibilidades es la mayor garantía frente a lo que la doctrina moderna denomina, como fuente de corrupción, el conflicto de intereses. En un reciente trabajo sobre la materia ha sido definido así:

— Primero, un elemento *subjetivo necesario*: al menos un cargo o funcionario público; y un elemento subjetivo contingente: un tercero particular.

— Segundo, un elemento *prescriptivo*, encarnado en el deber de servicio al interés general que acompaña a todo cargo o funcionario.

— Tercero, un elemento *material*, constituido por el riesgo o —con arreglo a la jerga penalística— «peligro abstracto» de que, merced al abuso de poder, el interés general quede subordinado a intereses particulares, «riesgo» que en sí mismo supone un quebranto del interés general.

— Cuarto, un elemento *causal*, representado por un ánimo de provecho privado, consistente en el lucro (pecuniario o en especie).⁹

El régimen de incompatibilidades para altos cargos está regulado en la Ley 12/95, de 11 de mayo, y para el personal al servicio de las Administraciones públicas en la Ley 53/84, de 26 de diciembre.

El principio regulador de esta materia está expuesto en la Ley de 1984: "respetar el ejercicio de actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia".

Sin embargo, el planteamiento real presenta serias deficiencias.

En la Ley sobre Altos Cargos —que alcanza esencialmente a los que se cubren por libre designación del Consejo de Ministros incluyendo a los de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado— el principio es el de "dedicación absoluta" con

las excepciones fijadas respecto de la actividad privada en el artículo 4 de la Ley.

Pero presenta carencias notables. La primera de ellas es la que se deriva de una práctica tan habitual hoy como es el acceso a la función pública desde la actividad empresarial privada, sobre todo si ésta está relacionada con la competencia propia del cargo a que se accede. Sólo se establece que, en este caso, "están obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieren tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona de su familia dentro del segundo grado...", norma que carece de eficacia ya que su incumplimiento no genera consecuencia alguna.

Norma complementada por la del artículo 5.1 de dicha Ley que fija la obligación de declarar, con motivo del acceso al cargo público, "las actividades que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento..." con anterioridad, obligación que tiene como finalidad "el control, en su caso, de posibles desviaciones en su actuación a favor de personas relacionadas con ellas"¹⁰.

En todo caso, es una norma de alcance muy limitado.

Ateniéndonos a la literalidad del precepto, no genera incompatibilidad alguna tener en dicha empresa un interés tan directo como el derivado de la participación accionarial propia o a través de los familiares y, por qué no, a través de personas interpuestas. Pero lo que es más importante es que como ya decía D. Niceto Alcalá-Zamora, en sus Memorias, quien abandona una actividad profesional para acceder a un alto cargo en la Administración o una empresa pública, deja la puerta, más que cerrada, "entornada", circunstancia que puede generar prácticas corruptas, en la medida en que mantenga vínculos a través de otras personas con su anterior actividad privada. Ello sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del tipo penal de las negociaciones prohibidas del artículo 441 del Código Penal.

Para los funcionarios públicos se limita la incompatibilidad a las actividades privadas que guarden relación con los "asuntos en qué esté interviniendo".

Si insuficiente es el régimen de quien pasa de la actividad privada a la pública, más lo es el de quienes abandonan la Administración, sea o no funcionario público, para ejercer la actividad privada, particularmente cuando se trata de actividades que hayan sido beneficiadas por el alto cargo o funcionario con subvenciones, ventajas fiscales, créditos oficiales o contratos públicos, inspecciones más o menos benévolas, etc. Dice A. Sabán¹¹ que "lo más contradictorio del sistema de incompatibilidades es el desconocimiento de la incompatibilidad por excelencia", con referencia a la regulación de la excedencia voluntaria. Si para el alto cargo se contempla una leve limitación —durante los dos años siguientes al cese no podrá realizar actividades privadas

⁹ Artículo 20.e).- Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. La prohibición alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto e los últimos, dichas personas ostenten su representación legal. Las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales en los términos que respectivamente les sean aplicables.

⁹ Pablo García Mexía, obra citada.

¹⁰ J. González Pérez. *La ética en la Administración Pública*. Cuadernos Civitas.

¹¹ A. Sabán. *El marco jurídico de la corrupción* Cuadernos Civitas.

relacionadas con expedientes en los que haya dictado resolución— para los funcionarios, sobre todo para los funcionarios cualificados como jueces, fiscales, inspectores de Hacienda, etc., no hay previsión alguna. En todo caso, es un vacío normativo grave. ¿Cómo puede sancionarse a quien, fuera de la función pública, favorece intercambios irregulares entre la Administración y los despachos y empresas a los que sirve?

A continuación se exponen aquellas normas o procedimientos, entendidos en un sentido muy amplio, que de alguna manera dificultan la persecución de los delitos, bien porque permiten la confluencia de intereses contradictorios (los particulares de un cargo público y los generales que representa la Administración) de forma permanente bien porque no permite imputar adecuadamente responsabilidades a los distintos titulares de los órganos de la Administración, al estar insuficientemente delimitada la competencia de los mismos o, sencillamente, porque el incumplimiento de normas procedimentales, de registro o de documentación impide comprobar la actuación que, en su caso, pudiera haber sido delictiva.

Con relación al primero de estos temas, llama la atención el relativamente suave régimen de incompatibilidades de los alcaldes y concejales, en relación con el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/84) y con el estricto régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado (Ley 12/95). Es preciso realizar una matización antes de continuar. De todo el grupo de supuestos que puede dar lugar a incompatibilidad para el desempeño de un puesto público, aquí sólo se tratan los que provengan de la realización de actividades privadas, en la medida en que el ejercicio de éstas suponga en el cargo público una pugna con los intereses del servicio público que pueda comprometer su imparcialidad e independencia en el desempeño de dicho cargo.

El cargo de concejal, según el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General, y por lo tanto el de alcalde, sólo es incompatible con: los abogados o procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación; los directores de Servicios, funcionarios y restante personal del Ayuntamiento o de entidades y establecimientos dependientes de él; los directores generales de las Cajas de Ahorro Provinciales y Locales que actúen en el término municipal; los contratistas y subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes.

Parece lógico que este régimen de incompatibilidades contara con un precepto de cabecera de carácter general, similar al establecido para los funcionarios en el artículo 11 de la Ley 53/84, en el sentido de que el puesto de concejal fuera incompatible con el ejercicio, por sí o mediante sustitución, de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la

dependencia o al servicio de entidades o particulares *que se relacionen directamente con las que desarrolle la Corporación Municipal.*

En todo caso, no parece muy lógico que la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, que quizás sea la competencia más importante de los municipios, no genere ningún tipo de incompatibilidad para los concejales y alcaldes, máxime si a ello le añadimos los valores económicos tan elevados que mueve la actividad inmobiliaria y el alto grado de discrecionalidad de la actuación administrativa en materia de urbanismo.

Con la legislación actual, una persona puede desarrollar una actividad económica de promoción inmobiliaria en un municipio y al mismo tiempo ser alcalde o concejal del Ayuntamiento de dicho municipio, con competencias sobre urbanismo. Si como consecuencia de dicha circunstancia se diera algún supuesto de confluencia de intereses, la única obligación que le impone la Ley al miembro de la Corporación municipal es la de abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución, que es, en nuestra opinión, notoriamente insuficiente.

Otro de los mecanismos previstos, en este caso sólo respecto de los altos cargos y cargos políticos electivos, para la prevención de la corrupción es la declaración de actividades y de bienes.

La norma más significativa es la contenida en la Ley 12/95. Comprende el deber de efectuar declaración de actividades a que ya se ha hecho referencia y “de aquellas que vayan a realizar una vez que hubiesen cesado en el desempeño de los cargos...”.

Asimismo se regula el deber de los altos cargos de declarar sus bienes, derechos y obligaciones, al inicio y cese de su mandato y anualmente. Presenta una doble insuficiencia. Primera, que la declaración patrimonial del cónyuge es voluntaria, lo que puede determinar zonas oscuras de información relevante, cuando es tan frecuente que el cónyuge sea utilizado como testafierro para ocultar la titularidad real de los bienes. Y, segunda, que el registro sea “reservado”, excluyéndose a los ciudadanos del derecho a acceder al Registro de Bienes y Derechos patrimoniales en que se refleja aquella declaración, limitación contradictoria con el derecho que se proclama en el artículo 35.h) de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, en desarrollo del artículo 105.b) de la Constitución. En estos casos, la publicidad estaría justificada para así garantizar mejor la integridad de las Instituciones. El derecho a la intimidad de quien ocupa puestos tan relevantes en la Administración no puede ni debe amparar la ocultación de dichos datos, que resultan indispensables para la verificación de su probidad y honradez. No estaríamos ante un supuesto de “injerencia ilegítima”. Es una muestra, hay otras, de la falta de transparencia de la Administración.

Las leyes han previsto otras garantías como la prohibición respecto de los altos cargos de participar por encima del 10% del capital en la propiedad de sociedades civiles o mercantiles, siempre que mantengan una relación contractual con el sector

público y, en el caso de los funcionarios, la prohibición ya mencionada, además de la de pertenecer a la Administración o desempeñar cualquier otro cargo en sociedades o empresas que estén directamente relacionadas con el Departamento en el que el funcionario desempeñe sus funciones (así resulta del artículo 2.2 de la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos y del artículo 12.1 de la Ley de Incompatibilidades de los Funcionarios).

Asimismo se regula el deber de abstención, previsto con carácter general en el artículo 28 de la Ley 30/92, respecto de los asuntos en que la Autoridad o funcionario tenga un interés personal directo o indirecto, deber que tiende a garantizar una neutralidad objetiva, siempre con la dificultad de comprobar las formas ocultas a través de las cuales la autoridad o funcionario público mantiene vínculos con las partes interesadas en un expediente administrativo.

Complementando las normas expuestas se establece un cuadro de infracciones y sanciones que, en el caso de los altos cargos, es particularmente condescendiente con los infractores ya que la sanción más grave se limita a la declaración y publicación del incumplimiento de la Ley en el *Boletín Oficial del Estado*.

Ciertamente, se contempla la previsión de pasar tanto de culpa a la Administración de Justicia si las infracciones constituyesen delito, como así se hace en el artículo 12 de la Ley 12/95 y en el 23 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios públicos, facultad que se ejercita de forma tan excepcional que, si se ha hecho, son muy limitados los casos en que ello ha ocurrido.

En todo caso, el control penal de la Administración Pública está en gran parte condicionado a que las Instituciones den riguroso cumplimiento al deber que de forma específica establece. Caben algunos ejemplos en ámbitos muy significativos.

En el principal órgano de fiscalización económica del sector público, el Tribunal de Cuentas, ya se recoge la compatibilidad de la jurisdicción contable —sobre “los alcances de caudales o efectos públicos”— con la jurisdicción penal (artículo 18 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo).

En el ámbito urbanístico, también se recoge el deber de dar cuenta a la jurisdicción penal. En el Real Decreto 2187/78, de 23 de junio, que contiene el Reglamento de disciplina urbanística, el artículo 56 establece que si de los expedientes se desprenden indicios del carácter de delito o falta del hecho, el órgano competente “lo pondrá en conocimiento de los Tribunales de Justicia”.

Volvamos al principio de la exposición. La sanción penal sólo tiene sentido y será plenamente eficaz si hay un efectivo régimen de controles previos que, en este momento, nos parece insuficiente.

III. LOS ABUSOS DE PODER EN EL ORDEN ECONOMICO

Decíamos más arriba que también la actividad económica genera abusos que merecen un reproche, como así es en el Código Penal vigente, pero

que, por las razones ya expuestas, resulta indispensable su control previo, control que, por otra parte, tiene efectos positivos en la lucha contra la corrupción.

Naciones Unidas, en un Informe del Secretario General sobre “Medidas contra la corrupción y el soborno” resumía como causas de corrupción las siguientes:

1ª Las “situaciones de monopolio y oligopolio en las que un puñado de empresas controla un mercado determinado”, lo que origina prácticas corruptas en la contratación pública.

2ª Concentración de poder de quienes tienen una gran capacidad de decisión sin mecanismos de control.

3ª La falta de transparencia del poder económico mediante el secreto bancario.

4ª Las discrepancias, o asimetrías, entre los distintos sistemas jurídicos como, por ejemplo, en el régimen bancario o fiscal, asimetría que, a su vez, dificulta el descubrimiento de las prácticas corruptas, en cuanto constituyen la base y el impulso de la fuga de capitales y el blanqueo.

Son conductas que pueden atentar contra los intereses de la persona, en tanto que consumidor, como consecuencia de la perversión del funcionamiento del mercado. El consumidor, como titular de intereses y derechos, está reconocido en la Constitución, artículo 51, que establece la obligación de los poderes públicos de garantizar “la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

La defensa del consumidor constituye, en nuestro ordenamiento constitucional y jurídico además de un principio general del Derecho una “norma de actuación” (Garrido Falla) que impone deberes de conductas “garantizadoras” de un cierto estatus de los ciudadanos en tanto que consumidores.

En cumplimiento de ese deber, ya se publicó en su día la Ley 26/84, de 19 de julio, que además de definir al consumidor, le confiere unos derechos determinados, particularmente a la protección de los legítimos intereses económicos y sociales y a una información correcta sobre los productos y servicios, y, sobre todo, establece en el artículo 34 un catálogo de infracciones, entre las que se encuentra la prevista en el apartado 5 de dicho precepto, en materia de fijación de precios, sin perjuicio de la responsabilidad penal, de prevalencia reconocida.

Según el artículo 1.2 d dicha Ley son consumidores o usuarios “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

Pues bien, pese a su papel fundamental en el proceso económico se encuentran, máxime en una manifiesta situación de desventaja que reconoce explícitamente el artículo 23 de dicha Ley cuando insta a los poderes públicos a “suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefen-

sión” en que aquellos pueden encontrarse. Porque, en efecto, esta situación es la que objetivamente favorece conductas abusivas que pueden adquirir relevancia penal.

La posición de debilidad del consumidor ha sido destacada por el propio Tribunal Constitucional, como punto de partida para enfocar los deberes de los poderes públicos en orden a procurar la igualdad de los ciudadanos (entre otras la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1988, de 28 de abril). Y, finalmente, la Ley de Competencia Desleal ya se refiere al mismo “como parte débil de las relaciones típicas de mercado”.

Y, desde luego, la protección del consumidor es un objeto de las Instituciones comunitarias, tal como se reclama en el artículo 129.A del Tratado de la Unión Europea.

Pues bien, ante determinadas conductas que afectan gravemente a “la *transparencia y corrección* de las *prácticas comerciales* tanto en sus aspectos económicos como en lo relativo a la naturaleza de los objetos sobre los que tales prácticas se realizan” (J.Terradillos), resulta precisa su incriminación para tutelar los derechos del consumidor, el interés común de los consumidores que se define como interés difuso en cuanto, además de supraindividual, tiene como titular a amplios grupos sociales que reclaman una protección específica en las relaciones económicas de intercambio. En efecto, la sanción penal de las conductas ahora tipificadas pretende garantizar y proteger unas relaciones de mercado, donde la libertad de empresa no pueda dar lugar a una competencia reñida con los objetivos sociales proclamados por la Constitución.

Con esta finalidad leyes esenciales para el funcionamiento de nuestra economía han descrito prácticas que representan, según dice la Exposición de motivos de la Ley 16/89, de 17 de julio, de defensa de la competencia –reformada por Ley 52/99, de 28 de diciembre– tanto “*el ejercicio abusivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por medios desleales son capaces de falsear sensiblemente la competencia*”. Así, se describen “*acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas*”

como la concertación para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado, especialmente, en materia de fijación de precios, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado en la forma descritas en el artículo. 6 de la Ley y se regulan las “*concentraciones económicas*” o de empresas, ahora sujetas a un mayor control administrativo por el Real Decreto Ley 6/2000.

Ciertamente, las sanciones tienen un contenido estrictamente económico pero la actitud firme y decidida del Tribunal de Defensa de la Competencia será fundamental ya que, como dice A. Sabán, “*La lealtad en la competencia es uno de los motores del cuerpo social para reaccionar frente a propósitos corruptos*” y ante abusos económicos que ponen en peligro el orden económico constitucional.

Así lo contempla expresamente el artículo 97 del Decreto 538/1965, de 4 de marzo, que previene que en los supuestos de “*prácticas prohibidas contra la competencia*”, cuya existencia puede ser constitutiva de delito de “*alteración del precio de las cosas*”, la resolución “*decidirá pasar tanto de culpa a la jurisdicción ordinaria, a los efectos de la exigencia de la correspondiente responsabilidad criminal*”.

Igual transcendencia tiene en el control del mercado las previsiones contenidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. El artículo 96 ya admite la eventual concurrencia de la potestad sancionadora administrativa con la concurrencia de delitos.

Concluimos, el orden penal, por si solo, no bastará para afrontar el abuso del poder político y económico, si, como sostiene un especialista en la materia, “*la legalidad mercantil y administrativa propician o consienten determinadas prácticas corruptas*”¹².

Por ello, nuestro interés en apelar al ordenamiento administrativo y económico como condición sine qua non para la protección de intereses jurídicos y sociales que no deben esperar al control judicial en la vía contenciosa ni a la respuesta penal. La primera barrera frente a cualquier clase de abusos debe funcionar activamente.

¹² J. González. *Corrupción y justicia democrática*. Editorial Clamores.