

---

# La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)

Juli Ponce Solé

Profesor de Derecho Administrativo (Acr. catedrático)

Universidad de Barcelona<sup>1</sup>

## 1. El problema de la corrupción: las iniciativas normativas del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y de la Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción

- 1.1. Algunos datos empíricos sobre la corrupción y su incidencia en el nivel local
- 1.2. Los impactos de la corrupción en el desarrollo sostenible de los Estados
- 1.3. El concepto de corrupción pública como vulneración del derecho a un buen gobierno y a una buena administración
- 1.4. ¿Es posible luchar con éxito contra la corrupción? El papel del derecho administrativo: buena administración, buen gobierno, transparencia y psicología cognitiva

## 2. Prevención y represión de la corrupción: las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho penal

- 2.1. El derecho penal y el derecho administrativo: bien jurídico protegido en el título XIX; *non bis in idem*; cuestiones prejudiciales administrativas devolutivas

---

1. El origen de este trabajo se encuentra en la conferencia “Derecho a una buena administración, transparencia y lucha contra la corrupción”, pronunciada en julio de 2012 en el marco de los cursos de verano en Barcelona de la UIMP. Las iniciales consideraciones fueron desarrolladas luego en la conferencia pronunciada en diciembre de 2012 en el marco del Congreso sobre Buena Gobernanza y Derechos Humanos, organizado por la Pontificia Universidad Católica de Perú y la Universidad holandesa de Utrecht, con apoyo de la Universidad de Barcelona, y celebrado en Lima, Perú. Igualmente, dicho trabajo se ha enriquecido con las aportaciones efectuadas en el seminario que tuvo lugar durante el mismo mes de diciembre de 2012 en Barcelona, en el marco del Proyecto de Investigación I+D *Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción* (DER 2011-28122), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Quiero agradecer a los profesores Tomàs Font, Alberto Castro y Joan Queralt sus respectivas amables invitaciones.

La versión final aquí publicada se ha elaborado en el marco del mencionado Proyecto de Investigación I+D *Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción* (DER 2011-28122), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y dirigido por el profesor Joan Queralt.

- 2.2. El derecho administrativo como instrumento insustituible en la prevención de la corrupción
  - 2.2.1. Algunas cuestiones previas: ¿Una administración más reducida significa una administración menos corrupta? ¿Desregulación es equivalente a menor corrupción? ¿Menores competencias locales significan menor corrupción?
  - 2.2.2. Mecanismos técnico-jurídicos de lucha contra la corrupción: el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
    - 2.2.2.1. Códigos de conducta, códigos éticos, códigos de buen gobierno
    - 2.2.2.2. La regulación de la imparcialidad en garantía de la objetividad y la buena administración frente a política e intereses privados: abstención y recusación; las incompatibilidades y los conflictos de interés
    - 2.2.2.3. Selección y nombramiento de empleados públicos y clientelismo: funcionarios y libre designación, personal eventual, personal directivo
    - 2.2.2.4. Diseños procedimentales y organizativos: separación entre instrucción y resolución y organismos de lucha contra la corrupción
    - 2.2.2.5. Transparencia y participación

### **3. Las distintas vías de lucha contra la corrupción y de garantía de la buena administración**

- 3.1. Controles externos e internos no judiciales
- 3.2. Controles externos judiciales: por una acción pública en defensa del derecho a una buena administración

### **4. Conclusiones**

## **Resumen**

El estudio, partiendo de recientes datos empíricos, considera los efectos negativos de la corrupción pública, delimita su concepto jurídico, analiza cómo el derecho penal y el derecho administrativo se plantean su reacción e interactúan mutuamente, y subraya el indispensable papel del segundo en la prevención de la corrupción. Desde esta perspectiva, se analizan los mecanismos técnico-jurídicos más relevantes, con propuestas de mejora concretas. Finalmente, se repasan las distintas vías jurídicas de reacción frente a la corrupción pública, con especial análisis de las posibilidades contenidas en el derecho a una buena administración. Una de las conclusiones generales que se extraen de la investigación es la de que a mayor desarrollo legal del derecho a un buen gobierno y a una buena administración y de la transparencia, mayores son las probabilidades de prevención de la corrupción.

Palabras clave: *corrupción; derecho a una buena administración; transparencia; conflictos de intereses; incompatibilidades; ética; Administración; empleados públicos; participación; control judicial.*

***The prevention of corruption through the guarantee of the rights to a good government and administration in the local level (with references to the Parliamentary Bill of Transparency, Access to Public Information and Good Government)***

**Abstract**

*Based on recent empirical data, this article considers the negative effects of corruption; delimits it as a legal concept; analyzes how criminal and administrative law react to it and, finally, remarks the indispensable role of administrative law in preventing corruption. From this perspective, this article analyzes the most relevant available legal tools and proposes particular measures to improve the current situation. Finally, the article takes into account different legal paths against corruption; especially it analyzes the possibilities under the right to a good administration. One relevant conclusion of this article is the following: a political system which strengthens the rights to good government and administration and practices transparency has more chances to prevent corruption.*

*Keywords:* corruption; right to a good administration; transparency; conflict of interests; incompatibilities; ethics; Administration; civil servants; participation; judicial review.

**1. El problema de la corrupción: las iniciativas normativas del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y de la Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción**

Si bien existe coincidencia en la relevancia de la corrupción pública, diversos autores coinciden en la relativamente escasa literatura jurídica administrativa española sobre la misma, lo que sorprende, dada la evidente vinculación existente entre corrupción pública y actividad de Gobiernos y Administraciones<sup>2</sup>.

La relevancia que para el derecho público en general, no solo para el derecho penal, debería tener el fenómeno de la corrupción, ha comenzado a ser puesta de relieve en la doctrina jurídica en los últimos años, y ha empezado a generar iniciativas normativas directamente dirigidas a su prevención, desde la óptica del aseguramiento del correcto funcionamiento del poder ejecutivo. En este sentido se

---

2. En este sentido, NIETO GARCÍA, A, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 261, señalando que “es sorprendente cómo en un país de corrupción desenfrenada la producción bibliográfica sea tan raquítica y la cuestión haya sido abandonada, salvo escasas excepciones, en manos de los periódicos”; o RIVERO ORTEGA, R., “Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano”, *CLAD*, 2005, p. 1, subrayando cómo “no siempre el derecho administrativo ha atendido esta tarea –se refiere a la modernización administrativa–, que también le corresponde, siendo muy pocos, por ejemplo, en comparación con su importancia, los estudios en profundidad sobre la corrupción”.

mueven tanto el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno<sup>3</sup> como la Proposición de Ley presentada en 2012 sobre transparencia y lucha contra la corrupción, que han tenido entrada en el Congreso de los Diputados<sup>4</sup>. A ambos nos referiremos a lo largo de la exposición que ahora se inicia, especialmente al primero<sup>5</sup>, si bien hay que tener presentes los cambios que, desde el momento de revisar estas líneas (primavera de 2013), aún puedan acaecer a lo largo del proceso parlamentario en marcha<sup>6</sup>.

Organizaré el presente estudio del siguiente modo: Primero, consideraré recientes datos empíricos sobre el fenómeno de la corrupción en el nivel local. Es relevan-

---

3. Que tuvo entrada en el Congreso en agosto de 2012 y se encuentra en trámite de enmiendas en el momento de escribir estas líneas:

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?\\_pi-ref73\\_1335527\\_73\\_1335526\\_1335526.next\\_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=121&numExpediente=19&numDocumento=0](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?_pi-ref73_1335527_73_1335526_1335526.next_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=121&numExpediente=19&numDocumento=0)

4. Presentada por UPyD a finales de 2011 y que con posterioridad, durante su tramitación, en 2013 ha cambiado su título a “medidas contra la corrupción política y por la regeneración democrática”:

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?\\_pi-ref73\\_1335527\\_73\\_1335526\\_1335526.next\\_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=122&numExpediente=026&numDocumento=0](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/IniTipo?_pi-ref73_1335527_73_1335526_1335526.next_page=/wc/detalleDocumento&idIniciativa=122&numExpediente=026&numDocumento=0)

5. El Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno fue objeto del Dictamen del Consejo de Estado número 707/2012, de 19 de julio, al que también haremos referencia durante el trabajo. Es consultable en:

[http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo\\_estado&id=2012-707](http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=consejo_estado&id=2012-707)

En el ámbito penal, que escapa del objeto del presente estudio, téngase en cuenta ahora el artículo 433 bis del Código Penal, introducido por el apartado doce del artículo único de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE de 28 de diciembre), cuyo Preámbulo señala cómo “dentro del conjunto de medidas propuestas para dotar de transparencia al sector público y fortalecer la confianza en las instituciones públicas, se establece un nuevo tipo penal para sancionar las conductas de ocultación, simulación y falseamiento de las cuentas públicas”. Este artículo 433 bis establece lo siguiente:

“1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

“2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.

“3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses”.

6. Por lo que los comentarios más detallados al mismo los haremos en un tipo de letra distinto, como información complementaria al texto principal, como se verá.

te ir contando con estudios sobre la realidad social proporcionados por las ciencias sociales, pues estos estudios han de permitir interpretar y crear el derecho de la mejor manera posible (artículo 3.1 Cc) para combatir esta *lacra social*. Pues de grave problema hay que calificar a la corrupción, de acuerdo con las consecuencias que produce en la sociedad y los estudios de la realidad disponibles<sup>7</sup>.

Frente a las frecuentes opiniones subjetivas e intuiciones desprovistas de base empírica (en un sentido o en otro: esto es, la corrupción como fenómeno aislado, episódico, que conlleva una injusta persecución generalizada de los servidores públicos, o bien la corrupción como un fenómeno sistémico), los estudios disponibles permiten ir avanzando objetivamente y con base empírica en la delimitación del tipo de corrupción presente en España, para su mejor comprensión, prevención y represión.

A continuación, tras considerar las implicaciones de la corrupción pública en nuestra sociedad, así como su concepto y posibilidades de erradicación, analizaré cómo el derecho penal y el derecho administrativo se plantean su reacción frente a la corrupción e interactúan mutuamente, destacando el indispensable papel del segundo en la *prevención* de la corrupción, y analizando los mecanismos técnicos más relevantes en tal sentido, con propuestas de mejoras concretas sobre la situación jurídica actualmente existente.

Por último, en tercer lugar, haré un breve repaso de las distintas vías jurídicas de reacción frente a la corrupción pública, de sus posibilidades y problemas, y concluiré con algunas reflexiones finales, resumiendo las conclusiones esenciales alcanzadas en el estudio.

Por de pronto, podemos ya avanzar la más destacada: como veremos, a mayor desarrollo legal del derecho a un buen gobierno y a una buena administración, y de la transparencia administrativa, mayor prevención y menor probabilidad de corrupción pública.

---

7. Ello no obstante, no faltan voces, aisladas, desde la Economía que destaquen las posibles bondades de la corrupción en los casos en que existan regulaciones ineficaces y la corrupción pueda servir para eliminarlas. En este sentido, por ejemplo, LEFF, N., "Economic Development Through Bureaucratic Corruption", *American Behavioral Scientist*, noviembre 1964, vol. 8, núm. 3, pp. 8-14. Sin embargo, el efecto negativo de la corrupción se confirma en la literatura económica existente, como exponen CAMPOS, Nauro F., DIMOVA, Ralitza D. y SALEH, Ahmad, "Whither Corruption? A Quantitative Survey of the Literature on Corruption and Growth", *IZA Discussion Paper No. 5334*, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1716129>

## 1.1. Algunos datos empíricos sobre la corrupción y su incidencia en el nivel local

Un reciente estudio de Villoria y Jiménez nos permite avanzar en la medición del fenómeno de la corrupción en el ámbito local español, mediante el uso de datos objetivos basados en las memorias de la Fiscalía General del Estado entre 2004 y 2009<sup>8</sup>. De acuerdo con sus cálculos, resulta que “la tasa de criminalidad del funcionariado español en estos últimos seis años, según estos datos, sobre la base de un empleado público por condena, sería casi inexistente, un 0,014 por ciento de corruptos condenados, apenas uno entre 10 000 si consideráramos que todas las causas son imputables a empleados públicos, lo cual es imposible conociendo los datos sobre políticos imputados”.<sup>9</sup>

Resultados distintos se obtienen, sin embargo, cuando se trata de cuantificar la corrupción política. De acuerdo con los mencionados datos de la Fiscalía, se estaría hablando de unos 800 políticos imputados en el momento de escribir el estudio por delitos en el ejercicio de su cargo. De estos, acabarán acusados no más del 50-60 %, esto es, unos 500. Si se toma el número total de políticos electos y altos cargos, lo que “no es sencillo de establecer”, y se dividen esos 500 acusados por el mismo (establecido en unos 70 000), la ratio de criminalidad de los políticos es del 0,7 %<sup>10</sup>.

---

8. VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F., “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Reis*, 138, abril-junio 2012, pp. 109 y ss. Consultable en: <http://www.reis.cis.es/REIS/html/index.html>

9. VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F., *op. cit.*, p. 119.

10. Si nos concentramos en el nivel local, de los 110 municipios con más habitantes y/o capitales de provincia, en 39 de ellos ha habido casos investigados en los años 2004-2009, a los que se pueden añadir más de 150 municipios medianos y pequeños con casos también investigados. Todo ello hace que “probablemente estemos hablando de casi 200 municipios con alguna causa abierta de entre un número total de municipios con posibilidades de generar corrupción altamente rentable no superior a los 1000 (750 mayores de 10 000 habitantes y otros costeros)”, esto es, una quinta parte del total.

Todos estos datos llevan a los autores a concluir que:

“De los casos de corrupción importantes, en términos cuantitativos y cualitativos, analizados en los últimos seis años, **lo que se observa es que la intervención funcionarial es muy minoritaria**. Puede haber intervenido algún secretario municipal, arquitecto municipal o algún asesor jurídico, pero no suelen ser funcionarios de carrera.

“[...] **Todo ello no obsta** para que la percepción de corrupción en la Administración sea mucho más elevada de lo que los datos objetivos reflejan. En enero de 2007, el 34,3 por ciento de los encuestados consideraba que bastantes o casi todos los funcionarios públicos estaban implicados en casos de corrupción en España (CIS 2671). **En una encuesta relativamente reciente, de diciembre de 2010, solo en Cataluña el 34 por ciento consideraba que los funcionarios eran ‘poco’ o ‘nada’ honestos**”. La negrita es nuestra.

Por ello, “en conclusión, los datos objetivos nos dicen que la corrupción pública es mayoritariamente corrupción política, pues las ratios de criminalidad, aunque sean aproximativas, son casi de 100 a 1 entre políticos y empleados públicos”.

El estudio acaba con una hipótesis tentativa, que según los autores debe ser considerada con cautela, que dibujaría un “círculo vicioso de desconfianza que se retroalimenta; un círculo por virtud del cual la lucha contra la corrupción genera noticias de detenciones de políticos que, a su vez, provocan la percepción de una mayor corrupción y, con ello, refuerzan variables clave de nuestra tradicional desafección institucional y desapego político, las cuales, a su vez, podrían favorecer el desarrollo de la corrupción”.

De todo lo que exponen los autores, creen ellos que “se puede afirmar que las políticas de lucha contra la corrupción basadas en el Código Penal son insuficientes y que se necesitan políticas preventivas si se quiere dejar de alimentar el círculo vicioso antes expuesto”<sup>11</sup>.

Dado que, en nuestra opinión, el derecho surge de la realidad y a la realidad atiende, este punto de partida empírico, sin duda discutible y matizable, pero punto de partida científico al fin y al cabo, nos ayudará en el desarrollo posterior de nuestra exposición, y por ello le hemos dedicado una cierta atención aquí.

## 1.2. Los impactos de la corrupción en el desarrollo sostenible de los Estados

La corrupción pública, en general, y la española, en lo que ahora interesa, y especialmente municipal, que se ha medido en el apartado precedente, es un auténtico *cáncer* social, por su capacidad para debilitar y, en caso extremo, destruir el Estado social y democrático de derecho, al afectar a la legitimidad del poder mismo, generando “desafección”, y al atacar a su sostenibilidad económica (por los costes que implica), ambiental (por los impactos que puede tener; piénsese en la urbanística, por ejemplo) y social (al atacar la cohesión social, la confianza y el capital social, y la sostenibilidad del Estado del bienestar). Como indica Kaufmann, un país que mejora la lucha contra la corrupción y la gobernabilidad de un nivel relativamente bajo a un nivel promedio, podría prácticamente triplicar los ingresos per cápita de su población a largo plazo, lo que supondría, por ejemplo, un ascenso en la clasificación “control de la Corrupción” en el Banco Mundial, mediante el que Lituania

---

11. VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F., *op. cit.*, p. 130.

se situaría en el nivel de Portugal y Portugal en el de Finlandia<sup>12</sup>. Existe numerosa literatura al respecto<sup>13</sup>.

### 1.3. El concepto de corrupción pública como vulneración del derecho a un buen gobierno y a una buena administración

Esta corrupción medible y de terribles efectos sociales es un concepto elusivo, difícil de establecer, que ha generado multitud de definiciones desde distintos puntos de vista y diferentes enfoques<sup>14</sup>. A los limitados efectos de este trabajo jurídico, vamos a proceder a reconstruir una definición de corrupción pública (dejando de lado la corrupción legislativa y la judicial, de las que no nos ocuparemos aquí) desde la óptica del derecho público, empleando categorías y comparaciones que emergen de este. Así, a nuestros efectos, definimos la corrupción *pública* en el poder ejecutivo como:

*Una mala administración o un mal gobierno dolosos en el ejercicio de poderes públicos que no busca el interés general sino el beneficio de una persona física o jurídica*

La explicación de esta definición es la siguiente:

– *Una mala administración o un mal gobierno dolosos en el ejercicio de poderes públicos:*

---

12. KAUFMANN, D., "Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción", *Finanzas & Desarrollo*, septiembre de 2005, pp. 41 y ss.

13. Por todos, los propios VILLORIA, M. y JIMÉNEZ, F., *op. cit.*, pp. 110-113, aluden a la misma; véase también KAUFMANN, D., *op. cit.*, p. 41.

LAPUENTE GINÉ, V., "Por qué la corrupción no se castiga", *Política Comparada*, núm. 2011/02, Laboratorio de Alternativas, p. 5, utiliza la siguiente tabla, obtenida del Informe de Democracia 2011 de la Fundación Alternativas, para visualizar los efectos de la corrupción, que nos parece bien gráfica:

<b>Tabla 1. Indicadores de calidad de vida</b>	<b>   Correlación con corrupción (o con ausencia de "buen gobierno")</b>
Crecimiento económico	-20 %
Nivel de renta <i>per cápita</i>	-87 %
Desigualdad económica	+46 %
Desempleo	+48 %
Nivel de confianza social	-50 %
Estado de Bienestar (protección social)	-51 %
Esperanza de vida	-53 %
Percepción subjetiva salud	-37 %
Índice de Desarrollo Humano (ONU)	-70 %
Sostenibilidad medioambiental	-54 %
Satisfacción con la vida	-66 %
Percepción de felicidad	-45 %

14. Por todos, NIETO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 77 y ss., y COCCIOLO, E. E., "Las mutaciones del concepto de Corrupción", *Revista Llingua i Dret*, núm. 50, 2008, pp. 17 y ss.



Desde una perspectiva amplia, la buena gobernanza, a la que se refiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>15</sup>, se extiende a las redes de interacción entre el sector público, el privado y el tercer sector, concretándose, en relación con el primero, en el deber de buen gobierno de los tres poderes constitucionales (ejecutivo, legislativo y judicial), y volviéndose a concretar, de nuevo, respecto a la Administración como integrante del poder ejecutivo, como derecho y principio de buena administración. Pues bien, la corrupción supone una vulneración tanto de la buena gobernanza como del buen gobierno y la buena administración.

La idea de que los gobernantes deben estar sujetos a un “deber de buen gobierno” ya se halla en diversos autores clásicos (Platón, Sócrates, Aristóteles, Cicerón o Pufendorf, por ejemplo<sup>16</sup>). Sin embargo, todos estos planteamientos se movían en niveles de gran abstracción filosófica, en su caso con apoyo en el derecho natural, pero sin base en normas jurídicas. Como comprobaremos luego, modernos desarrollos concretan las obligaciones derivadas de un buen gobierno, obligaciones que, si son vulneradas, con las características que aquí estamos desarrollando, suponen un mal gobierno corrupto<sup>17</sup>. Nuestro interés en este estudio se limitará al deber de buen gobierno del poder ejecutivo.

Por lo que se refiere dentro de este a la Administración, como es sabido, la *mala administración* es considerada como el concepto contrapuesto al de *buen administración*, cuya existencia revela precisamente la ausencia de esta. Pese a la

---

15. Así, de las decisiones *Cazja contra Polonia*, de 2 de octubre de 2012, *Rysovskyy contra Ucrania*, de 20 de octubre de 2011, u *Öneriyildiz contra Turquía*, de 30 de noviembre de 2004, se deduce que aunque el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas (como por ejemplo, las urbanísticas), y en las medidas que resulten, ello no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse solo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar conforme al principio de buena gobernanza, que impone una actividad pública:

– Ágil y rápida y en su debido momento (*promptly, speedily, in good time*), desarrollada de una manera apropiada y “sobre todo” consistente, especialmente cuando afecta a “derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de propiedad”.

– Llevada a cabo con sumo (*utmost*) cuidado, “en particular cuando se trata de materias de vital importancia para los individuos, como beneficios sociales y otros derechos parecidos”.

– Mediante el desarrollo de procedimientos internos que permitan la transparencia y la claridad de sus operaciones, minimicen el riesgo de errores y promuevan la seguridad jurídica en las transacciones entre particulares afectando intereses relativos a la propiedad.

– Correctora de errores cometidos, con el pago, en su caso, de una adecuada compensación u otro tipo de reparación apropiada para el ciudadano afectado por los mismos.

16. Véase ASÍS ROIG, R. DE, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, CEC, Madrid, 1991.

17. La distinción entre función administrativa y función de gobierno, una clásica y elusiva distinción, es puesta de relieve ahora por la Ley balear 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno, que distingue en dos títulos distintos, el I y el II, las obligaciones jurídicas de buena administración y buen gobierno.

dificultad en precisar este concepto, cabe destacar, por ejemplo, los esfuerzos desarrollados en el ámbito de la Unión Europea, que parte del concepto elaborado en el derecho británico<sup>18</sup> y lo desarrolla luego en conexión con las funciones del Defensor del Pueblo europeo (artículo 43 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que alude a sus funciones en relación con “casos de mala administración”).

En consecuencia, la corrupción pública supone una violación de los principios de buena administración, reconocidos en la Constitución española en los artículos 9.3, 31.2 y 103.<sup>19</sup>, y del derecho a una buena administración, allí donde este esté reconocido, como es el caso ya de diversas normas españolas, con categoría de orgánicas<sup>20</sup> u ordinarias<sup>21</sup>, y de numerosísima jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como de tribunales del ámbito iberoamericano, del Tribunal Supremo español y de los tribunales de justicia de las comunidades autónomas<sup>22</sup>.

En definitiva, desde una perspectiva formal, y limitando ahora este estudio al ámbito del poder ejecutivo, ese ejercicio de poder público puede ser realizado tanto por un empleado público que desarrolla funciones administrativas –en cuyo caso hablare-

---

18. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia británicas, *la mala administración significa esencialmente mal procedimiento administrativo*, y se refiere a la manera en que la decisión discrecional es elaborada, al desarrollo de la función administrativa; véase GREENWOOD, J. y WILSON, D., *Public Administration in Britain today*, 2.ª ed., Londres, 1989, p. 313. Es por ello que un defectuoso procedimiento administrativo conduce a malas decisiones discrecionales, lo que da lugar a la mala administración, o, en palabras de WADE, “*bad decisions are bad administration and bad administration is maladministration*”; véase WADE, W., *Administrative Law*, 7.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 90.

19. PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, 2011.

20. Artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006; artículo 31 del nuevo Estatuto de Autonomía andaluz, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo; artículo 14 del nuevo Estatuto de Autonomía balear, aprobado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero; artículo 12 del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, o artículo 9 de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, al Estatuto de Autonomía valenciano

21. En Andalucía, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, artículo 5. En el caso de Castilla y León, el derecho a una buena administración reconocido en su Estatuto (véase nota anterior) es desarrollado por una entera ley, la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración y de Gestión Pública, que tiene, según su artículo 1, “por objeto fundamental regular y desarrollar el derecho a una buena administración reconocido en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en el marco del propio Estatuto de Autonomía y de la legislación básica del Estado”. En Cataluña, téngase en cuenta el artículo 22 de la Ley 26/2010.

22. Una referencia a esta jurisprudencia puede hallarse, por ejemplo, en PONCE SOLÉ, J., “El derecho a una buena administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública”, *R. Proc.-Geral Mun. Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, pp. 305-321, jan./dez. 2012, consultable en:

<http://www.pjf.mg.gov.br/pgm/documentos/revista2012/16%20Juli%20Ponce%20Sole.pdf>

mos de corrupción administrativa que viola el derecho a una buena administración—como por una persona que realice funciones vinculadas al gobierno—caso en el que hablaremos de corrupción política, que violará el deber de buen gobierno—.

– *La corrupción es una mala administración o un mal gobierno consistente en una ilegalidad dolosa:*

Efectivamente, la mera existencia de negligencia en el ejercicio del poder público impide la existencia de corrupción (aunque puede ser también una vulneración de los principios y del derecho a un buen gobierno y a una buena administración, al violar la debida ponderación diligente de las normas, hechos e intereses envueltos en la toma de la decisión de que se trate<sup>23</sup>). Hablamos de corrupción solo cuando quien ejerce el poder público pretende, a sabiendas, hacerlo en el modo que estamos describiendo.

– *Que no busca el interés general:*

Ni el previsto en la norma atributiva del poder ni ningún otro (con lo que, a primera vista, tendría similitudes con la desviación de poder).

– *Sino el lucro de una persona física o jurídica:*

- *Lucro:* esta nota matiza la figura de la desviación de poder de la corrupción. La corrupción sería una desviación de poder “específica”, puesto que siempre que hay corrupción hay desviación de poder, *pero no siempre que hay desviación de poder hay corrupción* (serían aquellos casos de búsqueda de finalidades no lucrativas al ejercer el poder: actuación por rencor o enemistad, por ejemplo).
- *Actual o futuro:* lo que permite incluir los supuestos denominados de *revolving doors* o *pantouflage*, esto es, desarrollar una mala administración

---

23. Como es sabido, el derecho a una buena administración supone un mandato de ponderación administrativa cuidadosa y diligente (*due care*, o *due diligence*, en la terminología de la jurisprudencia europea), concretando así diversos deberes constitucionales españoles (racionalidad, eficiencia, economía, objetividad, coordinación) y enlazando con un mandato al que la doctrina española presta creciente atención y que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ya emplea con frecuencia. Por todos, PONCE SOLÉ, J., 2012.

*La inclusión de un mandato así hubiera justificado, por sí solo, la existencia de este artículo.* Como señala SERIO en su estudio de la jurisprudencia europea sobre buena administración, la misma recoge una noción amplia (que incluye derechos de defensa, motivación, etc.), y una noción más específica, que se identifica con un mandato de ponderación diligente de los elementos relevantes y pertinentes para la toma de la decisión y de la idoneidad de esta para alcanzar el fin perseguido.

corrupta o un mal gobierno corrupto para obtener al abandonar el sector público beneficios económicos vinculados a cargos y retribuciones provenientes del sector privado beneficiado.

- *Propio o ajeno*: como puede ser, por ejemplo, un comportamiento corrupto para lograr la financiación de partidos políticos.

Teniendo presente esta definición de la corrupción pública es como abordaremos el papel del derecho en las páginas siguientes.

#### **1.4. ¿Es posible luchar con éxito contra la corrupción? El papel del derecho administrativo: buena administración, buen gobierno, transparencia y psicología cognitiva**

Todo el análisis que ahora se inicia debería finalizar aquí precipitadamente si la respuesta a la pregunta del título fuera negativa. Efectivamente, creemos que es posible luchar con (un cierto grado de) éxito contra la corrupción pública, y que el derecho, el público en particular y el administrativo en especial, puede y debe tener su papel en esta tarea.

Frente al “mito” de que los países no pueden hacer mucho para mejorar su administración y gobierno<sup>24</sup>, los estudios existentes sobre la corrupción muestran que, aunque difícil, la lucha contra la corrupción es posible (y deseable, visto lo que nos jugamos en el envite), siempre que la estrategia que se siga no se base exclusivamente en la represión de la misma, sino en su prevención, la cual debe apuntar a alterar las bajas expectativas que los ciudadanos españoles tienen sobre el funcionamiento de sus instituciones<sup>25</sup>. ¿Cómo producir tal alteración? Mediante la mejora del “funcionamiento de las instituciones políticas con la intención de maximizar dos grandes objetivos: su funcionamiento imparcial y [...] la lucha contra la desigualdad entre los ciudadanos mediante el fomento de una verdadera igualdad de oportunidades”. Esto es, frente a la parcialidad detectada por los ciudadanos y generada por la *partitocracia*, que daña al capital y la confianza social, *imparcialidad y objetividad*. Y frente a la desigualdad provocada por tal parcialidad, políticas públicas de *igualdad y meritocracia* (artículos 9.2, 23.2 y 103.3 CE), que generen solidaridad social y confianza<sup>26</sup>.

---

24. KAUFMANN, D., *op. cit.*, p. 42.

25. JIMÉNEZ, F., “¿Se puede prevenir la corrupción?”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 213, 2011, p. 13.

26. JIMÉNEZ, F., *op. cit.*, p. 9 y ss.

Que no sea tarea fácil no quiere decir que no sea imprescindible y posible. Y el derecho debe contribuir a tal posibilidad, mediante su aplicación y su reforma, cuando sea preciso. Especialmente por lo que se refiere a la prevención de la corrupción. Y es en este campo donde el derecho administrativo presenta unas peculiaridades que lo hacen idóneo para promover la buena administración, el buen gobierno y la transparencia, como señala Cerrillo<sup>27</sup>, como vacunas de la corrupción pública, mediante el diseño normativo de adecuadas estructuras organizativas, debidos procedimientos de toma de decisión y mecanismos de refuerzo de la transparencia administrativa<sup>28</sup>.

Buena administración y transparencia no son la misma cosa<sup>29</sup>, pero tienen numerosas conexiones. La transparencia engloba una pluralidad de elementos<sup>30</sup>. El principio de transparencia aparece conectado al principio democrático (artículo 1.1 CE)<sup>31</sup>. Pero además, y esto nos interesa ahora especialmente, la transparencia actúa como un *presupuesto necesario* de la objetividad y la eficacia, apareciendo, pues, íntimamente conectada a estos principios constitucionales de buena administración.

La objetividad demanda la ponderación cuidadosa de todos los datos e intereses relevantes para la toma de la decisión, para que esta pueda ser la más adecuada posible al interés general, de conformidad con el deber de buena administración.

---

27. CERRILLO I MARTÍNEZ, A., "Transparencia Administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local", en *Anuario del Gobierno Local, 2011*, pp. 277 y ss.

28. PONCE SOLÉ, J., "El derecho a una buena administración: derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública", en TORNOS, J. (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña*, Iustel, 2012, pp. 225 a 266.

29. Véase RAMS, L., "El principio de transparencia y el derecho a una buena administración en los estatutos de autonomía reformados: su incidencia en las entidades locales", en MEDINA, L., COSCULLUELA, L. y CARBONELL, E. (dirs), *Reforma estatutaria y régimen local*, 2011, pp. 411 y ss., en contra, sin embargo.

30. Así, *vid.*, por ejemplo, AUBY, J. M., "Hacia la transparencia administrativa en Francia", *RAP*, núm. 95, pp. 315 y ss.; DEBBASCH, C., *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1990, pp. 11 y ss., y MODERNE, F., "Las relaciones entre la Administración y los administrados", en AA. VV., *Modernización administrativa*, (Actas del Seminario sobre Modernización Administrativa organizado por el Instituto Vasco de Administración Pública, en Vitoria-Gasteiz, los días 10 y 11 de noviembre de 1988), IVAP, Oñati, 1989, pp. 54 y ss.

31. La conexión entre transparencia y democracia no obsta para que esa transparencia deba ser puesta en relación con otros valores jurídicos, lo que puede conducir a su limitación en determinados supuestos, por supuesto de forma justificada y motivada. En relación con el acceso a archivos y registros, *vid.* los artículos 105 b) CE y 37.4 LRJPAC. Sobre la necesidad de secreto en determinados ámbitos de la actividad administrativa, *vid.* las consideraciones efectuadas por el propio SAINZ MORENO, F., en "Secreto e información en el Derecho Público", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2863 y ss.

Para que tal ponderación sea posible es necesario el conocimiento de los intereses envueltos, lo que se obtiene, entre otros medios, mediante la participación ciudadana<sup>32</sup>. Esta no es posible si con carácter previo no ha existido una información suficiente que haya permitido a los particulares formar sus intereses en relación a un supuesto determinado. Por tanto, información, participación y procedimiento de toma de decisiones aparecen íntimamente conectados, al ser la transparencia un presupuesto necesario de la objetividad, y esta un requisito imprescindible para el correcto desarrollo de la función administrativa, conforme a la exigencia constitucional de buena administración<sup>33</sup>.

Asimismo, la transparencia es un elemento preciso para lograr la aceptación y en consecuencia la eficacia, otro principio constitucional de buena administración. La adecuada información a los ciudadanos, su participación<sup>34</sup>, la toma en consideración de sus aportaciones y la exteriorización de las razones que conducen a

---

32. Como ha sostenido la STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6, la participación en el procedimiento administrativo “garantiza tanto la corrección del procedimiento cuanto los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”, siendo su finalidad “instar a quienes tengan interés o lo deseen a expresar sus opiniones para que sirvan de fuente de información de la Administración y puedan favorecer así el acierto y oportunidad de la medida que se vaya a adoptar, así como establecer un cauce para la defensa de los intereses individuales o colectivos de los potencialmente afectados”.

33. Por ello entendemos acertada la relación establecida por la LOFAGE en su artículo 3.2 g), el cual consagra como principios de funcionamiento los de “Objetividad y transparencia de la actuación administrativa”. La exposición de motivos de esta Ley señala que “el servicio a los ciudadanos y a los intereses generales debe estar caracterizado, como ha dispuesto la Constitución, por la objetividad. Es decir, la transparencia en la actividad administrativa debe ser, no solo una garantía para los ciudadanos, sino un criterio de actuación general del aparato público. Los titulares de los diferentes órganos administrativos no son más que gestores de intereses ajenos, los del cuerpo social, por lo que deben rendir cuentas de su gestión ante los ciudadanos”. En el ámbito comparado, el artículo 22.1 de la Ley Italiana de 7 de agosto de 1990 pone al descubierto las conexiones aludidas, en referencia específica al derecho de acceso a documentos administrativos, al señalarse que “al objeto de garantizar la *transparencia de la actividad administrativa y de favorecer su ejercicio imparcial se reconoce*, a cualquiera que tenga interés en la tutela de situaciones jurídicamente relevantes, el derecho de acceso a los documentos administrativos, según las modalidades establecidas en la presente Ley”.

34. En este sentido, la participación ciudadana durante el procedimiento y la toma en consideración de sus alegaciones, mediante su respuesta, no solo posibilitan la transparencia y la objetividad, sino también la eficacia, al coadyuvar a la aceptación de la solución elegida. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 102/1995, de 26 de junio, FJ 13, ha acertado a poner de relieve estas conexiones entre participación y eficacia. Dicho Tribunal conecta el procedimiento con el principio de participación contenido en el artículo 105 de la Constitución, pues “la audiencia de los interesados y de los ciudadanos, individual a través de la información pública o corporativamente, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas legalmente, está prevista por el texto constitucional [art. 105 a) y c) CE], que defiende su configuración a la Ley”. Este principio de participación constitucional es, de acuerdo con la mencionada sentencia del TC:

“un principio inherente a una Administración democrática y participativa, dialogante con los ciudadanos, así como una garantía para el mayor acierto de las decisiones, conectada a otros valores y principios constitucionales, entre los cuales destacan la justicia y la eficacia real de la actividad administrativa (arts. 1, 31.2 y 103 CE)...”.

elegir una alternativa en vez de otra (como veremos más adelante, al referirnos a la motivación), contribuyen a que la decisión sea transparente, resultado de la buena administración y aceptada<sup>35</sup>.

Los diseños organizativos y procedimentales que promuevan la transparencia y la buena administración, en definitiva, son mecanismos preventivos de la actuación pública negligente o dolosa que da lugar a la falta de servicio del interés general y, en el segundo caso, a la corrupción. De acuerdo con diversos análisis, la mala administración y las malas decisiones administrativas pueden ser el resultado de errores del juicio humano y en la elección de las autoridades públicas. La principal premisa de la teoría de la psicología cognitiva es el entendimiento de que el cerebro humano es un procesador de información limitado, incapaz de procesar exitosamente todos los estímulos que le llegan. Los buenos procesos de toma de decisión de las autoridades públicas requieren un aprendizaje de la gestión de los escasos recursos cognitivos existentes. Este aprendizaje es dificultado por dos principales estrategias que las personas (incluyendo a los empleados públicos) usan para maximizar sus habilidades cognitivas: los atajos mentales (heurísticos) y los principios organizativos (esquemas)<sup>36</sup>.

Aunque estos mecanismos permiten a las personas procesar un increíble número de complejos estímulos de forma eficiente, y sirven bien la mayor parte del

---

En el mismo sentido, la STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 6, afirma que la necesidad de un plan de ordenación de los recursos naturales para la calificación de un espacio natural (artículo 15.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo) persigue no solo armonizar diversos intereses generales (“conservación del espacio con un ordenado aprovechamiento del mismo”), sino también asegurar que el procedimiento de elaboración del plan cumple la finalidad “prevista en el art. 6, permitir la audiencia de los interesados, la información pública y la consulta de los intereses sociales afectados, trámites que deben formar parte del procedimiento de elaboración del plan”.

La participación procedimental y su toma en consideración, garantizada mediante el deber de respuesta razonada a las alegaciones presentadas, ayudan a lograr una buena administración transparente—mediante el desarrollo de la función administrativa de forma objetiva y eficaz—, y, en consecuencia, una decisión final cuyas probabilidades de acierto y de aceptación por los ciudadanos aumentan exponencialmente.

35. No se trata, con ello (debe precisarse), de que todos o una mayoría de los ciudadanos estén de acuerdo con la resolución adoptada. El servicio a los intereses generales corresponde a la Administración; esa es su responsabilidad, y, por tanto, debe cumplirla, a pesar de que una parte de ciudadanos rechacen la decisión, aunque esa porción sea considerable. La aceptación a la que aquí nos referimos debe entenderse en el sentido de que el proceso de toma de decisión debe posibilitar que aun los contrarios a la solución elegida hayan tenido ocasión de mostrar su rechazo, y de que la explicitación de las razones que justifican la decisión debe permitir que, aunque esta no se comparta, pueda ser aceptada como una de las alternativas posibles. *Vid.* PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 433 y ss.

36. BARON, R. A. y BYRNE, D., *Psicología cognitiva*, 10.ª edición, Pearson Prentice hall, 2004, pp. 81 y ss.

tiempo, pueden conducirles también a sistemáticos errores de juicio, a los que los psicólogos denominan “ilusiones cognitivas”<sup>37</sup>. A pesar de que inyectar pericia técnica en los procesos de toma de decisiones puede ayudar a evitar este tipo de ilusiones cognitivas, incluso los expertos pueden caer también en errores de juicio<sup>38</sup>.

Cuando las decisiones son elaboradas en un marco institucional, el diseño organizativo y procedimental puede contrarrestar las limitaciones cognitivas expuestas. Un control serio del expediente y de las razones justificativas ofrecidas para la decisión, fuerza a la autoridad administrativa a articular los factores que considera relevantes para la misma, la envuelve en algún tipo de evaluación perceptible de alternativos cursos de acción, y le obliga a responder a las alegaciones aportadas por el público. En definitiva, la psicología aplicada al derecho avala, pues, el valor de la transparencia, la participación y el diseño y control del procedimiento, y la motivación en la garantía de la buena administración y en la evitación de la mala administración, incluyendo la corrupción<sup>39</sup>.

## 2. Prevención y represión de la corrupción: las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho penal

A continuación vamos a exponer cómo el moderno derecho administrativo puede (re)diseñar organizaciones y procedimientos para promover la transparencia, la buena administración y el buen gobierno para prevenir la corrupción. A la inversa, el olvido del derecho en la gestión pública, como ciertos movimientos ligados al *management* parecen preconizar, puede conducir a la aparición e intensificación de la corrupción, como señala Prats<sup>40</sup>.

---

37. Me gustaría ofrecer un par de ejemplos nada más. Como consecuencia de la confianza en la heurística de la disponibilidad, la gente frecuentemente sobreestima la frecuencia de los desastres producidos por accidentes de aviación, tendiendo a mostrar una atención intensificada a las noticias mediáticas. Los esquemas también pueden provocar errores. Así, debido a los llamados “efectos marco”, la gente tiene tendencia a tratar las ganancias potenciales de modo diferente a las pérdidas potenciales (y las autoridades públicas pueden preferir unas u otras opciones bajo, por ejemplo, emergencias sanitarias, debido a tales efectos).

38. Los expertos tienden a ser excesivamente confiados sobre sus decisiones y a concentrarse miopemente en los asuntos que entran en su área de especialización, fallando, por tanto, en el reconocimiento de que las decisiones podrían beneficiarse del acceso a otros cuerpos de conocimiento o modos de pensar.

39. RACHLINSKI, J. J. y FARINA, C. R., “Cognitive Psychology and Optimal Government Design”, 87 *Cornell Law Review* 549-615, 2002, consultable en:

<http://library2.lawschool.cornell.edu/facbib/faculty.asp?facid=1>

40. PRATS CATALÀ, J., *De la burocracia al management, del management a la gobernanza*, INAP, Madrid, 2005, p. 74: “Es un grave error la actitud de menosprecio y marginación del derecho manifiesta en tantos programas y ‘modernizadores’ administrativos que viven una grave confusión: habiendo



Conviene empezar esta exposición describiendo las relaciones entre derecho administrativo y derecho penal en la tarea de enfrentar la corrupción, para entender mejor cuáles son las posibilidades y límites de cada uno de ellos.

## 2.1. El derecho penal y el derecho administrativo: bien jurídico protegido en el título XIX; *non bis in idem*; cuestiones prejudiciales administrativas devolutivas

Como es sabido, el Código Penal español, como la mayoría de ordenamientos europeos, no contiene un tipo específico de corrupción, sino un grupo de delitos vinculados (delito contra deber de imparcialidad, cohecho, tráfico de influencias y colusión, prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos y falsedades<sup>41</sup>). Por otro lado, en relación con estos delitos, el derecho penal no maneja siempre los mismos conceptos que el derecho administrativo. Un ejemplo es el de la *arbitrariedad* a que se alude en el delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal<sup>42</sup>. La “resolución arbitraria” penal no es la arbitrariedad a que se ha referido la jurisprudencia contencioso-administrativa (que la ciñe a la falta de racionalidad y/o de justificación racional de la decisión administrativa), sino que es un concepto más amplio y difuso. Además, aunque el tipo, que prevé una pena muy baja, por cierto, lo que dificulta la aplicación del tipo cuando concurre también cohecho, no incluye el lucro del prevaricador, la jurisprudencia penal lo exige para condenar, pues si no remite a la correspondiente sanción administrativa disciplinaria<sup>43</sup>.

---

aprendido que ‘no se cambia la Administración por decreto’ creen que es posible cambiar al margen del derecho. Y actuando así no solo provocan graves desajustes entre las prácticas informales y la legalidad formal, con el consiguiente desorden y riesgo de corrupción, sino que provocan también que muchos meritorios esfuerzos de cambio acaben siendo fagocitados por las instituciones formales vigentes a las que se renuncia de entrada a replantear”.

Una reflexión en torno a la manera de entender la buena gobernanza y la buena administración en la obra de Joan Prats puede encontrarse en PONCE SOLÉ, J., “En recuerdo de Joan Prats: Gestión pública, derecho a una buena administración y gobernanza”, en BARREDA, M. y CERRILLO, A. (coords.), *Gobernanza, instituciones y desarrollo. Homenaje a Joan Prats*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 377-404.

41. QUERALT, J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 2, 2012, pp. 18 y ss.

42. “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

43. Sobre estos dos aspectos, véase JAREÑO, A., *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, 2011, con una muy razonable crítica a la jurisprudencia penal y su exigencia de búsqueda de beneficio propio, no prevista en el Código Penal, así como a que ello deja casos en un *no man’s land* entre la jurisdicción penal y la (ausencia) de reacción administrativa sancionadora.

Pese a estas diferencias, lo cierto es que parece existir un proceso de acercamiento entre las visiones de la corrupción del derecho penal y del derecho administrativo, partiendo de la paulatina infiltración en el primero de las reflexiones en torno a la buena administración del segundo. Así, *la determinación del bien jurídico protegido en el título XIX del Código Penal* en la doctrina y jurisprudencia penalista ha sufrido una evolución, desde la idea tradicional de “infracción de los deberes del cargo” hacia la de “recto y normal funcionamiento de la Administración, con sujeción al sistema de valores insaturados en los arts. 103 y 106, Constitución española que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa” (STS, Sala de lo Penal, de 5 de noviembre de 1998, delito de prevaricación). En esta línea, es evidente que la vulneración del derecho al procedimiento debido puede dar lugar, incluso, a la comisión de un *delito*, con lo que en estos casos la *buena administración es objeto de tutela penal*.<sup>44</sup> En consecuencia, los ámbitos penales y administrativos deben acercarse, partiendo del hecho de que el bien jurídico protegido en los delitos vinculados a la corrupción son los principios constitucionales de buena administración y el derecho a una buena administración.

Esta constatación debe llevar a analizar el *non bis in idem* bajo la luz del bien jurídico protegido por el derecho penal y por el derecho administrativo sancionador en los supuestos de corrupción. El “fundamento” de las sanciones disciplinarias es también la protección de los principios constitucionales de buena administración (p. ej., EBEP, artículo 95, en conexión con artículos 52 y ss). Entonces, ¿qué ocurre con la doctrina de las relaciones de especial sujeción? Como ha señalado la STC 234/1991, de 10 de diciembre, la existencia de relación de sujeción especial no justifica por sí misma la dualidad de sanciones<sup>45</sup>. Como señala Sánchez Morón, “[...] no puede afirmarse hoy en día sin más que en todas las sanciones disciplinarias exista un fundamento distinto al de las sanciones penales, cuyo fundamento, por cierto, en términos de bienes jurídicos protegidos, no es obviamente homogéneo”<sup>46</sup>.

Efectivamente, el fundamento de las sanciones disciplinarias administrativas por vulneración de la buena administración y el del bien jurídico protegido por los delitos cometidos por funcionarios (incluido los ligados a la corrupción) pueden coincidir (p. ej., STS de 27 de noviembre de 2001, Sala de lo Contencioso: vulneración

---

44. ASUA BATARRITA, A., “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria”, en ASUA BATARRITA, A., *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, 1997, pp. 13 y ss.

45. Véase, sin embargo, NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, 4.ª edición, Tecnos, p. 505: “En mi opinión, la excepción de las relaciones especiales de sujeción, tiene, salvo excepciones, una explicación inequívoca, a saber, que el fundamento de la infracción –y la finalidad de la sanción– es distinto del que apoya la infracción de régimen general”.

46. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 306.

del *non bis in idem* en sanción disciplinaria a funcionario de Policía previamente condenado por delito de cohecho).

Estas conexiones entre el derecho penal y el derecho administrativo en relación con la corrupción se extienden también al ámbito jurisdiccional. En este sentido, deben tenerse en cuenta las cuestiones prejudiciales devolutivas y las relaciones entre la jurisdicción penal y la jurisdicción contenciosa, de acuerdo con los artículos 10 LOPJ, 4 LECr y 24 CE. De conformidad con la STC 255/2000, de 30 de octubre, citando otras anteriores, desde 1996, en relación con las cuestiones prejudiciales devolutivas, deben tenerse en cuenta la vigencia del artículo 4 LECr y la posible violación de la tutela judicial efectiva que puede comportar su desconocimiento, pues los tribunales penales están obligados a plantear cuestión prejudicial devolutiva en los términos del artículo 4 LECr. Un caso prototípico es el del concepto de “resolución arbitraria” en la prevaricación<sup>47</sup>.

Pese a esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo cierto es que ha prevalecido hasta el momento la *impavidez* de la sala de lo penal del Tribunal Supremo, que ha tendido a compensar su desconocimiento de los conceptos jurídico-administrativos mediante las criticables “pericias jurídicas” (véase, STS de 24 de julio de 2001).

Esta tensión entre las jurisdicciones y los problemas prácticos asociados a la doctrina del Tribunal Constitucional (retrasos, inexistencia de regulación procesal de la devolución al contencioso desde lo penal...) ha llevado a Aragonés a buscar soluciones pragmáticas, propugnando una modificación normativa para la LJCA, con la incorporación de un nuevo procedimiento especial para el caso de diferir en una cuestión prejudicial devolutiva por el juez penal, bastando una simple remisión al procedimiento de protección de los derechos fundamentales, que es considerado idóneo para la correcta gestión procesal de este tipo de asuntos<sup>48</sup>.

## 2.2. El derecho administrativo como instrumento insustituible en la prevención de la corrupción

Vistas algunas de las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo, este último presenta una insustituible ventaja en la prevención de la corrupción,

47. Estudiado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, *REDA*, núm. 98, 1998.

48. ARAGONÉS BELTRÁN, E., “La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo”, en ORTIZ BLASCO, J. y MAHILLO GARCÍA, P. (coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Diputación de Barcelona, 2010, pp. 127 y ss.

pues ha sido desarrollado durante siglos, precisamente, para proteger los derechos de los ciudadanos y la buena gestión pública, mediante el diseño de estructuras organizativas y procedimientos que conduzcan a ese resultado.

La promoción de la buena administración y la transparencia mediante el derecho administrativo conducirá a una menor corrupción<sup>49</sup>. Si de acuerdo con Klitgaard, en su conocida fórmula, la corrupción está ligada a la existencia de monopolio en el ejercicio del poder, de discrecionalidad en el mismo, y a la falta de rendición de cuentas y control<sup>50</sup>, entonces para lograr una menor corrupción deberemos modificar la fórmula, reduciendo la discrecionalidad allí donde sea posible (pero aceptando su papel positivo y necesario como factor de buena gestión pública donde sea precisa), incrementando los refuerzos al derecho a una buena administración e inyectando tanta transparencia y participación como sea posible.

Es decir, gráficamente lo expuesto puede sintetizarse de este modo:

$$\mathbf{+ BUENA ADMINISTRACIÓN y + TRANSPARENCIA = - CORRUPCIÓN.}$$

**Pues si**

$$\mathbf{C (corrupción) = M (monopolio) + D (discrecionalidad) - A (accountability),}$$

**entonces:**

$$\mathbf{Menor C = D (reduciéndola donde sea posible pero aceptando su papel) + B (buena administración) + T (transparencia) + P (participación).}$$

### **2.2.1. Algunas cuestiones previas: ¿Una administración más reducida significa una administración menos corrupta? ¿Desregulación es equivalente a menor corrupción? ¿Menores competencias locales significan menor corrupción?**

Ahora bien, antes de mencionar, brevemente, los mecanismos técnicos a disposición del derecho administrativo en la lucha preventiva contra la corrupción, creemos de interés abordar algunas cuestiones de orden general, que pueden verse en ocasiones reflejadas bien en contextos no jurídicos, bien entre la doctrina jurídica que alude a la corrupción.

La primera cuestión es la de si reducir el tamaño de la Administración, esto es, menos administración, constituye un mecanismo adecuado para evitar la co-

---

49. KAUFMANN, D., 2005, *op. cit.*

50. KLITGAARD, R., *Controlling Corruption*, Berkeley, University of California Press, 1988.

rrupción<sup>51</sup>. Con independencia de que una menor administración tenga sentido allí donde no sea necesaria otra solución (aunque el problema, sin duda, será ponerse de acuerdo sobre lo *necesario*) y de que el servicio al interés general pueda sufrir con menos administración allí donde se requiera más, la cuestión es si una administración más reducida es, por ello, más “limpia”. La respuesta que ofrece la especialista mundialmente reconocida Susan Rose-Ackerman es que *no necesariamente*, pues siguen existiendo incentivos para la corrupción incluso con mayor “austeridad”, dado que funcionarios mal remunerados pueden aumentar la oferta y demanda de sobornos, y la privatización crea oportunidades de corrupción<sup>52</sup>.

Una segunda cuestión a considerar es si desregular significa reducir la corrupción. Atendiendo a ejemplos recientes en sectores significativos de desregulación, como es el caso del urbanismo español a partir de 1996, parece razonable concluir que, pese a lo que en ocasiones se sostiene alegremente, la desregulación puede conducir a más, no a menos corrupción<sup>53</sup>.

Otro tema recurrente que puede detectarse es la relación entre corrupción y estructura de la distribución del poder en el Estado. Así, se ha afirmado por Parada que “la corrupción y desastre urbanístico, la ‘cementación’ irracional de las zonas costeras y demás flagrantes agresiones al medio ambiente”, tienen que ver con la “cercanía de los poderes municipales de planeamiento urbanístico, de otorgamiento de licencias y su control, y en los convenios entre promotores, propietarios y municipios”, por lo que, a su juicio, el freno de la corrupción urbanística “pasa por alejar a los ayuntamientos, que se creen soberanos de su territorio, de sus potestades urbanísticas y radicarlas en unas diputaciones provinciales elegidas en votación directa o en las comunidades autónomas”<sup>54</sup>.

Sin embargo, es este un argumento de “pendiente deslizante”, pues el mismo argumento cabría esgrimir para alejar a las diputaciones provinciales y a las comunidades autónomas en favor del nivel estatal, y aun para extraer de este las competencias en favor de la Unión Europea. Consideramos que la lucha contra la corrupción debe hacerse respetando la autonomía municipal y a través, no a

---

51. Siguiendo el dicho de que “muerto el perro, se acabó la rabia”; una aproximación en esta línea puede encontrarse, si lo entendemos bien, en NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 238 y ss.

52. ROSE-ACHERMAN, S., “Una administración más reducida significa una administración más limpia”, *Nueva Sociedad*, núm. 145, septiembre-octubre 1996.

53. VAQUER CABALLERÍA, M., “La nueva Ley de Suelo y la especulación urbanística”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 168, 2006.

54. PARADA VÁZQUEZ, J. R., “La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal”, *Revista de Administración Pública*, 172, enero/abril 2007, p. 41.

pesar, del régimen competencial. Pero este argumento muestra una preocupación legítima por el grado de control de la legalidad y de coordinación con intereses supralocales de las decisiones locales, por lo que parece razonable revisar y, allí donde sea conveniente, intensificar los mecanismos en tal dirección<sup>55</sup>. Si volvemos al ámbito urbanístico, lo sostenido implicaría que, sin desposeer a los municipios de sus competencias, cabría recorrer aún un significativo trecho en la aprobación y mejora de directrices territoriales vinculadas a la competencia de ordenación del territorio autonómica, en el desarrollo de estándares urbanísticos legales adecuados que se impongan a la discrecionalidad local, en la aprobación de normas de directa aplicación sobre densidades máximas y mínimas, exigencia de una especial fundamentación y motivación de las decisiones, etc.

### **2.2.2. Mecanismos técnico-jurídicos de lucha contra la corrupción: el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**

A continuación haremos una breve mención de cinco aproximaciones desde el derecho administrativo que, si son reforzadas adecuadamente, pueden contribuir a la prevención y disminución de la corrupción. Se trata del papel de los códigos de conducta, éticos o de buen gobierno (1); de la protección y promoción de la imparcialidad, en garantía de la objetividad y por tanto de la buena administración, de la actuación administrativa, tanto frente a presiones políticas como frente a presiones desde el sector privado (2); de la selección y nombramiento de empleados públicos para evitar el clientelismo generador de corrupción (3); de diferentes medidas de diseño organizativo y procedimental (4), y de la transparencia y participación (5).

#### **2.2.2.1. Códigos de conducta, códigos éticos, códigos de buen gobierno**

Un instrumento de buena administración y de buen gobierno es la codificación de las exigencias éticas de los empleados públicos y las relativas a la función de gobierno, aplicables en este último caso a representantes electos y personal directivo<sup>56</sup>.

En el ámbito de los empleados públicos, por ejemplo, en el nivel de la UE, un ejemplo, ligado al derecho a una buena administración del artículo 41 de la CDFUE, es el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 2001. En España, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dedica su ca-

---

55. En este sentido, LOZANO CUTANDA, B., "Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el derecho administrativo", *RAP*, núm. 172, enero-abril 2007, pp. 339 y ss., y MARTÍN MATEO, R., *La gallina de los huevos de cemento*, Thomson-Civitas, 2007.

56. DÍAZ MUIÑA, M. y MURILLO GARCÍA-ATANCE, I., "La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena administración", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008, pp. 133 y ss.; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., "Ética pública y normativa administrativa", *RAP*, 181, 2010, pp. 9 y ss.

pítulo VI (artículos 52, que habla de “código de conducta”, a 54) a los deberes de los empleados públicos, aplicables estos a todos los empleados del sector público, funcionarios o laborales, incluyendo a los trabajadores de las entidades del sector público que no están incluidas en el ámbito de aplicación de este Estatuto<sup>57</sup>. Por otro lado, también las propias Administraciones pueden elaborar códigos de buenas prácticas administrativas, como han hecho algunos ayuntamientos españoles<sup>58</sup>.

Estos códigos pueden incluir auténticos deberes jurídicos. Algunos de estos constituyen auténticas obligaciones jurídicas integrantes del derecho a una buena administración. Así, los deberes de imparcialidad, neutralidad y objetividad conectan con el artículo 103 CE y los principios constitucionales de buena administración mencionados, mientras que los deberes funcionales que se establecen tienen conexión con los principios constitucionales de buena administración de eficacia, eficiencia, economía y objetividad, por cuanto incorporan el mandato de actuación diligente en el ejercicio de funciones públicas (así, artículos 52.1, 53.10 y 54.2 EBEP), con austeridad (52.1, 53.5 EBEP) y eficiencia (52.8 EBEP), por ejemplo, los cuales “informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos” (artículo 52 del Estatuto), y cuya vulneración dará lugar a la correspondiente responsabilidad penal (por ejemplo, delitos tipificados en el Código Penal vigente, como la prevaricación, el cohecho, etc.), civil del empleado público (por la vía del artículo 145.2 LRJPAC, como ya se dijo) o disciplinaria (artículos 93 y ss. EBEP, y normativa estatal y autonómica complementaria; por ejemplo, disposición adicional 19 Ley contratos sector público).

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, existen diversos ejemplos de infracciones y sanciones tipificadas por el EBEP para la protección de la buena administración articulada por estos códigos, como son los artículos 53.2 y 11, y 95.2.h y j (neutralidad, imparcialidad, objetividad), 53.5, 6, 7 y 9, 54.5 y 6, y 95.2 j (deber de integridad), 52, 53.10, 54.2 y 95.2.c y f (deber de diligencia), y 54.5 (eficiencia y economía, mencionando “austeridad” en administración de recursos y bienes públicos<sup>59</sup>).

---

57. Disposición adicional 1.ª de este Estatuto.

58. Por ejemplo, el de Madrid:

[http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/El-Ayuntamiento/Cultura-y-Ocio/Codigo-de-Buenas-Practicas-Administrativas?vgnextfmt=default&vgnextoid=886313192cdd8210Vgn-VCm1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=0c369e242ab26010VgnVCm100000dc0ca8c0RCRD&WT.ac=Codigo\\_de\\_Buenas\\_Practicas\\_Administrativas](http://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/El-Ayuntamiento/Cultura-y-Ocio/Codigo-de-Buenas-Practicas-Administrativas?vgnextfmt=default&vgnextoid=886313192cdd8210Vgn-VCm1000000b205a0aRCRD&vgnnextchannel=0c369e242ab26010VgnVCm100000dc0ca8c0RCRD&WT.ac=Codigo_de_Buenas_Practicas_Administrativas)

59. Aunque sin tipificación de sanciones. Véase ahora el Proyecto de Ley de transparencia, que sí tipifica sanciones relativas al uso de recursos públicos, pero en relación solo a altos cargos, no a empleados públicos.

En una línea similar, pero en referencia ahora a la función de gobierno, recientemente se han promovido códigos de buen gobierno, como en el caso del Código Iberoamericano de Buen Gobierno<sup>60</sup> o del Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, aprobado por el acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005<sup>61</sup>. Por lo que se refiere al ámbito local, y en relación con los electos, el Congreso de Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa ha aprobado el Código Europeo de Conducta para la integridad política de los representantes locales y regionales electos<sup>62</sup>. En España, la Federación Española de Municipios y Provincias, una asociación de entes locales, ha impulsado el Código de Buen Gobierno Local en 2010<sup>63</sup>.

Todos estos textos nos plantean la cuestión de la relación entre Gobierno y Administración, moral y derecho, en relación con la corrupción. En otros términos: ¿Tiene el poder ejecutivo moral? ¿Se encuentra la moral administrativa fuera del derecho?<sup>64</sup>. El propio Consejo de Estado, en su dictamen 707/2012 citado, señala “que la traslación al ámbito de lo jurídico de normas morales incoercibles puede resultar en determinados casos problemática, en la medida en que el principal instrumento de que el derecho dispone para forzar el cumplimiento de las leyes es la coacción, siendo así que la observancia de las normas morales o éticas descansa

---

60. [http://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/altranormativa/esp/esp\\_CODI\\_IBEROAMERICA\\_DE\\_BON\\_GOVERN\\_JUNY\\_2006.pdf](http://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/altranormativa/esp/esp_CODI_IBEROAMERICA_DE_BON_GOVERN_JUNY_2006.pdf)

61. <http://www.boe.es/boe/dias/2005/03/07/pdfs/A07953-07955.pdf>

62. [http://www.mpt.es/areas/politica\\_local/union\\_europea\\_y\\_organismos\\_internacionales/parrafo/06/document\\_es/codigoeuropeo.pdf](http://www.mpt.es/areas/politica_local/union_europea_y_organismos_internacionales/parrafo/06/document_es/codigoeuropeo.pdf)

63. [http://www.femp.es/CartaLocal/Front/Noticias/CL\\_ContentidoDetalle/ sYcniRvuy5ly-yy6ME-sAr2xlyOH4RgvsLsMsOhPI4uc](http://www.femp.es/CartaLocal/Front/Noticias/CL_ContentidoDetalle/ sYcniRvuy5ly-yy6ME-sAr2xlyOH4RgvsLsMsOhPI4uc)

64. Para MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 23, mayo/agosto 1957, pp. 173 y 174: “La Administración, como tal, ofrece exclusivamente una realidad jurídica, no susceptible *per se* de tener una conciencia ética. Es decir, hablar de una pretendida moralidad administrativa, indicando de tal forma un valor deontológico de ciertas categorías que, por su propia esencia y naturaleza, no son sino jurídicas, no parece del todo exacto. (...) no es preciso trascender de la legalidad a una dudosa y problemática moralidad administrativa, sino que dentro de aquella cabe perfectamente, siempre y cuando la aprehendamos debidamente en la valoración que ofrece y no desde una perspectiva tan solo positivista. (...) El acto administrativo solamente puede presentarse conforme a la ley o no: en el primer caso es legal; en el segundo, ilegal”. En el mismo sentido, CHINCHILLA MARIN, C., *La desviación de poder*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 175; y, por ejemplo, la Decisión del Consejo de Estado colombiano de 6 de septiembre de 2001: “debe existir una transgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad”, pues, sin la misma, las afirmaciones de los recurrentes “no pasarían de ser meras abstracciones y los casos analizados se transformarían en dogmas”, las ilegalidades “ayudan a determinar el alcance de la moralidad administrativa en un caso concreto, en esta valoración el juez se nutre de principios constitucionales con los cuales se determina el contenido de la norma en blanco: la moralidad administrativa”.



más bien en la persuasión, cuando no en la amenaza del reproche social que su incumplimiento puede conllevar”.

Creemos, pues, que estos códigos solo pueden aludir a valores, principios y obligaciones jurídicas ya contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, procediendo, en todo caso, a su concreción y desarrollo básicamente prácticos. Pero no siempre es eso lo que se hace. Existen diversos ejemplos de falta de concreción, faltando así, en definitiva, a la que sería su auténtica función útil<sup>65</sup>. En el caso del EBEP, por ejemplo, los preceptos incluyen “una serie de principios y reglas, confusamente articuladas y, en algunos casos, reiterativas”, sin olvidar “aparte las deficiencias técnicas en que incurre el EBEP”<sup>66</sup>.

Por todo ello, en relación con estos principios y reglas –a veces denominados éticos (artículo 53 EBEP) y a veces de conducta (artículo 54 EBEP)–, se ha sostenido que “[...] apelar como solución a los códigos de gobierno hasta puede sonar a escarnio”<sup>67</sup>, sobre todo cuando puede llegar a quedar indefinida la eficacia jurídica de estos textos<sup>68</sup>.

En nuestra opinión, estamos en unos casos ante *hard law* (caso evidente del EBEP) y en otros casos ante *soft law*. Si, en cualquier caso, estos textos repiten el *hard law* preexistente, desde luego vale este por sí solo, así como las reacciones a su vulneración que el mismo haya previsto, con independencia del código, que entonces es un mero recordatorio. Si no repiten el *hard law* preexistente (caso de la regulación de los regalos en relación con los códigos de buen gobierno, por ejemplo), entonces hay que tenerlos en cuenta por sí mismos al tomar futuras decisiones, algunas de las cuales pueden ser consecuencia de la vulneración del Código<sup>69</sup>.

En estos otros supuestos, esto es, no reiteración de regulaciones preexistentes, en el ejercicio de sus potestades discrecionales, tales Administraciones deberán tener

---

65. EBEP, artículo 54.6; Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005: “Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía” (la cursiva es nuestra). ¿Cómo concretar estos? ¿Qué guía o pista se da de utilidad?

66. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 5.ª ed., Tecnos, 2008, p. 276.

67. FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Los códigos de buen gobierno de las Administraciones Públicas”, *Administración&Ciudadanía*, vol. 2, núm. 2, 2007, pp. 25 y ss.

68. PRIETO ROMERO, C., “Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno”, en *Anuario del Gobierno Local, 2011*, pp. 315 y ss., los ha llegado a considerar actos políticos.

69. Así, por ejemplo, cuando el Código de Buen Gobierno de la AGE dice que el Consejo de Ministros “adoptará las medidas oportunas”, hay que vincularlo, por ejemplo, con el cese del alto cargo nombrado, como consecuencia de la vulneración del Código.

en cuenta dichos códigos como requisito del derecho a una buena administración, *pues una vez aprobados, no es posible jurídicamente desconocerlos o inaplicarlos* (aunque no se haga ninguna referencia explícita en el artículo 54 LRJPAC al papel de los códigos de buenas prácticas o códigos de gobierno entre los fundamentos jurídicos que pueden establecer el estándar concreto de buena administración a ponderar y justificar, hay que considerarlos de todos modos obligatoriamente<sup>70</sup>).

El Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dedica su título II al buen gobierno, artículos 7 a 29, señalando su exposición de motivos que, “En lo que respecta a buen gobierno, la Ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios y, precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta”. El Consejo de Estado, en su dictamen 707/2012, también destaca cómo “la Ley constituye igualmente un avance de extraordinaria importancia, al incorporar a una norma con rango de ley reglas hasta ahora enunciadas como principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica, estableciendo además un régimen sancionador al que habrán de someterse todos los responsables públicos”.

Este título II se aplica a altos cargos estatales<sup>71</sup>, lo que es una novedad, pues ahora se regula en una norma con rango de ley en vez del acuerdo del Consejo de Ministros al que antes nos referimos (Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, aprobado por el acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005); y también (segunda novedad) se aplica a los altos cargos “o asimilados” autonómicos y locales (de acuerdo con la definición respectiva que haga la normativa de aplicación<sup>72</sup>).

---

70. Sobre el *soft law* en general y su valor jurídico, véase, por todos, SARMIENTO, D., *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, 2008.

71. El artículo 22.1 señala que “A estos efectos, se considerarán altos cargos los previstos en el artículo 3.2 de la Ley 5/2006 de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado”.

72. Como es sabido, la Ley de conflictos de intereses 5/2006 solo se aplica al ámbito estatal (así como el Código de Buen Gobierno mencionado). Por su parte, las comunidades autónomas han venido aprobando sus propias leyes de conflictos de intereses (como por ejemplo Cataluña, con su Ley 13/2005), incluyendo en ocasiones auténticos códigos de buen gobierno (así, la Ley gallega 4/2006, de transparencia y buenas prácticas de la Administración, artículo 15, o el ejemplo más reciente, la Ley balear 4/2011, de la buena administración y del buen gobierno).

Más indeterminada aparece su aplicación al ámbito local, donde el concepto de “alto cargo” no tiene una noción unívoca. En opinión de JIMÉNEZ ASENCIO, R., “El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno: su posible impacto sobre los Gobiernos locales”, en *La Transparencia en los Gobiernos locales: una apuesta de futuro*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Publicación digital 2/2012, p. 68, estas disposiciones solo se aplicarían a los coordinadores gene-

Esta aplicación a los tres niveles de Gobierno trae a primer plano la cuestión del título competencial que respalda a esta Ley. La disposición final octava identifica tres títulos competenciales, sin distinguir artículos: el artículo 149.1.1 (pero cabría oponer que no hay un derecho constitucional al buen gobierno y a la buena administración que justifique su aplicación en el título II), el artículo 149.1.13 (pero, como es sabido, no cualquier conexión con temas económicos hace que se pueda aplicar este precepto –por todas, STC 61/1997–, por lo que es muy discutible que pueda amparar este título II) y artículo 149.1.18<sup>73</sup>.

Cabe preguntarse si, competencialmente, el artículo 149.1.18 CE, sobre “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas”, daría cobertura a la aplicación de este título II a todos los niveles de poder. Puede sostenerse que el artículo 149.1.18 CE implica que la articulación de los principios constitucionales de buena administración y gobierno permite y exige unas bases estatales también en este ámbito, en garantía del “tratamiento común” en materia de buena administración y buen gobierno<sup>74</sup>. Los artículos 9.3, 31.2, 103.1 y 105 CE impondrían *un mínimo común de buena administración y buen gobierno*. Y pese a un cierto consenso doctrinal sobre que el artículo 149.1.18 CE impone un mínimo común denominador estatal relativo únicamente a *garantías* de los ciudadanos, que permita el tratamiento común, en otro lugar hemos desarrollado la idea de que la regulación estatal puede extenderse también a un nivel común de *correcto desarrollo* de las funciones de gobierno y administrativas, un *estándar compartido de buena administración y buen gobierno* para hacer efectivos los principios constitucionales<sup>75</sup>.

Por lo que se refiere al contenido del título II, el artículo 23 recoge una serie de *principios éticos y de actuación*, una denominación ciertamente discutible y confusa, puesto que en ocasiones alude a auténticos deberes jurídicos derivados de principios

---

rales y directores generales de los municipios de gran población, a las estructuras directivas (directores generales y directores insulares) de los cabildos, consejos insulares y diputaciones forales, así como al personal eventual que desempeñe funciones directivas en municipios o diputaciones provinciales, no debiéndose extender, en su opinión, a los altos funcionarios, aun en el caso de libre designación o aplicación del artículo 13 EBEP, lo que excluiría de la Ley a funcionarios con habilitación estatal y también a personal directivo o municipal.

73. Véase un análisis de los tres títulos competenciales en VELASCO RICO, C. I., “Análisis en clave competencial del proyecto de ley estatal sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, *REAF*, núm. 17, abril 2013, pp. 279 y ss.

74. PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 533 y ss.

75. PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 533 y ss. Téngase en cuenta que en el ámbito de las incompatibilidades, a las que luego nos referiremos, la STC 178/1989, entre otras, ha sostenido el carácter básico de la Ley estatal 53/1984, vinculada a los principios de eficacia y objetividad en el desarrollo de la actividad pública.

constitucionales o a auténticas obligaciones jurídicas derivadas de derechos legales<sup>76</sup>. Si se realiza una comparación con el Código estatal de buen gobierno de 2005 y con la legislación autonómica y los códigos locales preexistentes, cabe señalar que la Ley no incorpora ninguna novedad radical, manteniéndose la confusión reinante en textos anteriores, aunque en el ámbito estatal supone dar rango de ley a principios que antes no lo tenían (esto es, pasar del *soft law*, pero que era vinculante, como hemos defendido, al *hard law*; no así en el ámbito autonómico, donde ya existían leyes que los incluían, como por ejemplo la Ley balear 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno). Además, articula por primera vez un cuadro de infracciones y sanciones (cuya interpretación será informada por dichos principios, artículo 23.3), incluyéndose en el artículo 25 una nueva tipificación en materia de gestión económico-presupuestaria, con diversas referencias a obligaciones contenidas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que concreta el nuevo artículo 135 CE, cuyo fundamento parece ser el de proteger la buena administración con criterios de eficiencia y economía.

Respecto a las infracciones tipificadas<sup>77</sup>, son de tres tipos: relacionadas con conflictos de intereses, con remisión a la normativa específica (artículo 24), sobre gestión económico-presupuestaria, como ya hemos dicho, y “disciplinarias” (artículo 26), previéndose sanciones que van desde amonestación (en caso de infracciones leves) hasta una o más de las siguientes sanciones, en caso de infracciones disciplinarias graves o muy graves y de infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria, en todo caso (artículo 27.2):

“a. La declaración del incumplimiento y su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

“b. La destitución en los cargos públicos que ocupen, salvo que ya hubieran cesado en los mismos.

---

76. Así ocurre, por ejemplo, con el *principio ético* de “diligencia debida” en el ejercicio de las funciones (artículo 23.2.a, 5), que deriva del principio constitucional de buena administración y del derecho legal a una buena administración recogido en estatutos y leyes autonómicas.

77. A las que el dictamen del Consejo de Estado 707/2012 achaca “formulaciones superlativas y el empleo de construcciones imprecisas o términos abstractos, vagos y excesivamente abiertos, pues su introducción determina siempre la incorporación a la norma de un elemento subjetivo o discrecional de apreciación que, cuando se trata de valorar conductas a efectos de aplicar sanciones (así lo establece expresamente el artículo 23.2, que no sanciona el incumplimiento de los principios enunciados en el primer apartado, pero sí los configura como guía para la aplicación del régimen sancionador), puede perturbar gravemente la seguridad jurídica. Esta puede quebrar igualmente en aquellos casos en que el régimen de infracciones y sanciones no se ajusta debidamente a los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad”, si bien concluye que “el régimen de infracciones y sanciones previsto en el Anteproyecto respeta, en líneas generales, las exigencias derivadas de los principios aplicables en este ámbito”. Aunque “Este juicio global no puede, empero, ocultar que en algunos supuestos concretos este régimen adolece de una falta de precisión y rigor que no se compadece adecuadamente con las exigencias mínimas que han de satisfacer las normas sancionadoras. A título de ejemplo pueden mencionarse en este sentido las previsiones contenidas en las letras f) e i) del artículo 26.1 o las de las letras a) y b) del artículo 26.3”.

“c. La no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la pensión indemnizatoria creada por el artículo 10 de la Ley 74/1980, de 29 de diciembre.

“d. La inhabilitación para ocupar ninguno de los cargos incluidos en el artículo 22 durante un periodo de entre 5 y 10 años”<sup>78</sup>.

El Proyecto de Ley regula el *non bis in idem* en el artículo 27, apartados 5 y 6, lo que tiene relevancia puesto que diversas conductas aludidas pueden ser constitutivas de delitos vinculados con la corrupción<sup>79</sup>, debiendo remitirse el expediente a la Administración competente si hay infracción de una “normativa administrativa especial”<sup>80</sup>. La *incoación* del procedimiento sancionador queda en manos del Consejo de Ministros (si el alto cargo es miembro del Gobierno o secretario de Estado) o del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (en el resto de casos); en el supuesto de las comunidades autónomas y entes locales, incoará el procedimiento sancionador quien diga su normativa, salvo en el caso de infracciones en materia de gestión económico-financiera –artículo 25, letras f a o–, cuya incoación está en manos del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, artículo 28 c). La *instrucción* será de la Oficina de Buen Gobierno y Conflictos de Intereses (se cambia el nombre a la Oficina de Conflictos de Intereses de la Ley 5/2006 por la disposición final segunda), salvo que se trate de una infracción de gestión económico-financiera, en cuyo caso corresponden al ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. La Oficina queda configurada así como veladora, aparte de los conflictos de intereses a los que luego nos referiremos, también de los principios éticos y de actuación, pues ahora le corresponde la instrucción de todas las infracciones previstas en el título II, no solo las referidas a conflictos de intereses (pero sigue careciendo de competencia para iniciar el procedimiento sancionador ni, mucho menos, sancionar, en un marco de limitada autonomía al que luego también aludiremos).

La *competencia para sancionar* está en manos del Consejo de Ministros cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o secretario de Estado; en las del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en los demás casos, siempre que el responsable sea un alto cargo de la Administración General del Estado, o

---

78. En el caso de las infracciones muy graves, se impondrán en todo caso las sanciones previstas en las letras a, b y c anteriores, así como la inhabilitación por el tiempo que se determine con arreglo a los criterios previstos en este artículo (artículo 27.3). En todo caso la comisión de las infracciones previstas en el artículo 25 conllevará las siguientes consecuencias (artículo 27.7):

a. La obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente.

b. La obligación de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

79. Por ejemplo, artículo 26.1 b) (artículo 511 del Código Penal) o h) (artículo 419 del Código Penal, cohecho).

80. De acuerdo con el artículo 27.6, no se considerará normativa especial la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, respecto de las infracciones previstas en el artículo 25, pudiéndose tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial simultáneamente al procedimiento sancionador.

incluso cuando el alto cargo *preste servicios en la Administración autonómica o local y la infracción cometida sea alguna de las tipificadas en el artículo 25, apartados f a o*, lo que presenta muy serias dudas de adecuación al marco constitucional y a la autonomía de las comunidades autónomas y entes locales (artículo 137 CE). Cuando el procedimiento se dirija contra altos cargos de las comunidades autónomas o entidades locales en supuestos distintos de los anteriores, serán competentes para sancionar los órganos que tengan atribuidas estas funciones, en aplicación del régimen disciplinario propio de las Administraciones en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento.

### **2.2.2.2. La regulación de la imparcialidad en garantía de la objetividad y la buena administración frente a política e intereses privados: abstención y recusación; las incompatibilidades y los conflictos de interés**

Otro mecanismo para prevenir la corrupción es reforzar los instrumentos jurídicos de preservación de la imparcialidad, para permitir así la objetividad en la toma de decisiones y la buena administración en el desarrollo de las funciones públicas<sup>81</sup>. Desde luego, este segundo mecanismo tiene puntos de contacto con el ya mencionado de los códigos éticos, de conducta o buen gobierno. Así, por ejemplo, el EBEP protege el deber de integridad en sus artículos 53.5 y 6, 53.7, 53.9, 54.5, 54.6 y 95.2 j, así como los deberes de imparcialidad, neutralidad y objetividad en sus artículos 53.2 y 95.2 b.

Ahora bien, no basta con establecer el deber jurídico y tipificar las infracciones y las sanciones correspondientes. Cabe añadir técnicas de preservación de la imparcialidad que prevengan la vulneración de esta, como son las clásicas de abstención y recusación, reguladas en los artículos 28 y 29, respectivamente, de la LRJPAC. Pues bien, en nuestra opinión, estos preceptos son susceptibles de mejoras técnicas que hagan más operativa la prevención de la parcialidad y, en consecuencia, de la corrupción.

En este sentido, el artículo 28.3 LRJPAC señala que “La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”. Si bien esto es cierto, no lo es menos que la actuación de alguien que debiera haberse abstenido es un *indicio* de que ha existido mala administración (pudiendo ser de tipo corrupto si se vincula tal actuación a la posibilidad de obtener un lucro). Existiendo tal indicio, el precepto podría completarse añadiendo la necesidad de que esos actos en que ha intervenido incluyan una fundamentación y

---

81. PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y...*, op. cit., pp. 245 y ss.

justificación explícita y suficiente de la ausencia de parcialidad. Esto es, *la prueba de la buena administración corresponde a la administración, mediante el expediente y la motivación en el caso de actividad formalizada y mediante la explicación del estándar de buena administración manejado y cumplido en caso de actividad material o técnica*. De tal manera que, constatada la causa de la abstención y a falta de tal fundamentación y justificación, los actos adoptados deben considerarse ilegales, pues se trata de una mala administración con posibles sombras de corrupción<sup>82</sup>.

De igual modo, cabe promover una mejora del artículo 29 LRJPAC, referido a la recusación, cuando señala que “Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento”. En realidad, cabría considerar estas resoluciones denegadoras de la recusación solicitada como *actos trámite cualificados* (artículo 107.1 LRJPAC), susceptibles de recurso independiente, puesto que los mismos, cuando de decisiones discrecionales se trata sobre todo, donde la sombra de la corrupción es más alargada, pueden influir en el fondo del asunto, al generar una posible parcialidad que compromete la objetividad y la buena administración. La protección de esta exige valorar más intensamente la actividad endoprocedimental y no retrasar la discusión de aspectos cruciales que inciden sobre la decisión final<sup>83</sup>.

Vinculado a las técnicas de abstención y recusación, pero con un enfoque distinto, el reforzamiento de la regulación tendente a evitar las incompatibilidades y los conflictos de intereses podría ayudar a la prevención de la corrupción<sup>84</sup>. El análisis

---

82. Como señala la STS de 11 de junio de 1998 (RJ 4504), recogiendo la doctrina de la STS de 12 de marzo de 1997 (RJ 1997\1788):

“aun cuando en el proceso contencioso-administrativo corresponde al actor destruir la presunción de legalidad inherente a los actos administrativos, ello no supone imponerle la carga de producir fuera del expediente administrativo aquellos elementos probatorios que deben constar en el mismo y que la Administración está obligada a remitir al proceso, por lo que la pasividad (o la inoperancia, más o menos evitable) de esta última, en tal sentido, no solo invierte la carga de la prueba, sino que redundo o puede redundar en perjuicio de la Administración autora del acto; en tanto en cuanto otra cosa sería tanto como primar la actitud o postura procesal de la Administración y obstaculizar el derecho de los administrados a la plena tutela jurisdiccional, sin grado de indefensión alguno”.

Se trata de la aplicación de una doctrina contenida en la STC 7/1994, de 17 de enero, y también en la STC 227/1991, de 28 noviembre: cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad.

83. Sobre la revalorización del procedimiento administrativo y la buena administración, *vid.* PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y...*, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

84. Abstención, recusación, incompatibilidades (con su corolario de inhibición) y conflictos de intereses (referido a altos cargos) se aplican simultáneamente y guardan puntos de similitud (su preocupación por la imparcialidad, la objetividad y en definitiva la buena administración) y diferencias (las

de la regulación española vigente arroja la siguiente conclusión: es posible, y deseable, mejorarla, reforzando las incompatibilidades, el tratamiento del fenómeno conocido como *revolving doors* o *pantouflage* y el papel de la Oficina de Conflicto de Intereses. Veamos brevemente algunas propuestas en tal sentido.

Por lo que se refiere a las incompatibilidades, bastaría con tener en cuenta las sugerencias del *Informe de la Comisión de Expertos del EBEP* (pp. 210 y ss., 289), que recomendaba reforzar la incompatibilidad vinculada al principio de imparcialidad, para evitar la colusión de intereses entre las actividades públicas y privadas del empleado público. Según este Informe, las reglas generales existentes “deberían ser completadas con algunas otras específicas, más estrictas, referidas a aquellos empleados, fundamentalmente de nivel superior, que ejerzan funciones relativas a la adjudicación de contratos, autorizaciones, licencias, subvenciones y otros derechos, así como para los empleados de las autoridades u organismos de regulación y control de los mercados, y para quienes desempeñan funciones de inspección y de sanción sobre particulares y empresas privadas”. Estas recomendaciones no fueron incorporadas finalmente en el EBEP, manteniéndose la regulación de la Ley 53/1984<sup>85</sup>.

---

incompatibilidades procuran también la eficacia de la actividad administrativa, al establecer el principio de dedicación de cada empleado a un solo puesto de trabajo (SSTC 178/1989 y 42/1990); los conflictos de intereses se extienden al momento de abandono del sector público; mientras la abstención y la recusación tienen aplicación puntual en asuntos concretos, la incompatibilidad y los conflictos de intereses suponen juicios abstractos o en hipótesis, generales. Por ello, por ejemplo, puede declararse la compatibilidad para el ejercicio de una actividad privada, en general, pero concurrir, en un supuesto concreto al desarrollarla, un caso de abstención obligada; véase el artículo 7 de la Ley estatal 5/2006).

85. Téngase en cuenta también la Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción, que propone lo siguiente:

“Artículo 6. Reforzamiento de las Incompatibilidades.

“Se modifican diversas leyes en las que se regula el régimen de incompatibilidades de cargos electos, altos cargos y empleados públicos de todas las Administraciones Públicas para hacerlas más estrictas, con el objeto de prevenir la posibilidad de que el cargo público pueda dar preferencia a sus intereses privados sobre los públicos que representa.

“Uno. Rebajar la participación que los cargos electos, miembros del Gobierno y altos cargos, por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes o personas tuteladas, deben tener en una empresa o sociedad relacionada con la Administración para que su actividad pública sea declarada incompatible con la privada, de acuerdo a los criterios siguientes:

“1. No podrán tener una participación directa o indirecta superior al cinco por ciento en el capital de las empresas o sociedades en tanto tengan concertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local.

“2. En el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 300 000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que, sin llegar a aquel porcentaje, supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación’.

“Dos. Quedan modificados, para adaptarlos a estos criterios, los preceptos de las leyes siguientes:



En cuanto a los conflictos de intereses (concepto que ha tardado mucho en integrarse en Europa en normas y doctrina, a diferencia, por ejemplo, de los EE. UU.), un análisis de la Ley estatal 5/2006 permite detectar puntos débiles susceptibles de mejora. Es el caso, por ejemplo, del artículo 8, que establece un período de “enfriamiento postlaboral” de dos años, acompañado por la obligación de realizar una declaración de actividades previa al inicio de actividades en el sector privado. Pues bien, este artículo 8 parece no cubrir supuestos como la prestación de servicios en empresas que operen en el mismo sector donde se fue alto cargo, siempre que tales empresas se constituyan después del cese en el cargo, así como aquellos supuestos en que el alto cargo hubiera tomado decisiones que, sin ser destinadas concretamente a la empresa que contrate sus servicios una vez cesado, hayan podido afectar a sus competidores (resoluciones sancionadoras, denegación de ayudas...). En fin, la definición de “empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado” contenida en la Ley parece muy reducida, *vinculada formalmente con la adopción de decisiones* en relación con esas empresas o sociedades, lo que permite al alto cargo trabajar con empresas del sector en que ejerció sus funciones y con las que mantuvo relaciones, siempre que no implique la toma de decisiones formales. Lo mismo ocurre con la reincorporación a empresas en las que prestaba servicio antes de ser alto cargo, pues basta con que lo haga “en puestos de trabajo que no estén *directamente relacionados* con las competencias del cargo público ocupado ni pueda adoptar decisiones que afecten a este” para que la misma sea posible. En nuestra opinión, existe un margen razonable para hacer más estricta y realista la norma, para evitar el posible *pago de favores*.

Por otro lado, finalmente, todo el sistema de la Ley de conflictos para preservar la integridad de los altos cargos es gestionado por la Oficina de Conflictos de Interés (OCI), adscrita orgánicamente al Ministerio de Administraciones Públicas y que ejerce sus competencias con plena autonomía funcional. En nuestra opinión, el diseño de este órgano también es mejorable, por dos razones: en primer lugar, hubiera sido preferible configurar un organismo realmente independiente dotado de personalidad jurídica propia y que pudiera estar adscrito al Congreso de los Diputados, puesto que

---

“a) El apartado 1.d) del artículo 12 de la Ley de Incompatibilidades 53/1984, de 26 de diciembre.

“b) Los apartados 1) y 2) del artículo 6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

“c) Los apartados 2.e) y 3.a) del artículo 159.2.d) del artículo 178.1.d) del artículo 203 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

“d) Las diferentes normas de las comunidades autónomas relativas a esta materia que se refieran a los parlamentarios, los miembros de los Gobiernos y altos cargos autonómicos”.

la propia Ley señala que ha de informar a este sobre los conflictos de interés de los altos cargos (artículo 16); en segundo lugar, la OCI se diseña como órgano instructor y de gestión, pero las competencias sancionadoras (incluyendo la decisión de iniciar, o no, un procedimiento sancionador) se asignan por la Ley al Consejo de Ministros, al ministro de Administraciones Públicas y al secretario general de la Administración Pública (pudiéndose aplicar el famoso dicho del zorro y las gallinas).

En cuanto al ámbito local, la disposición adicional 9.<sup>a</sup> de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, modificó el artículo 75 LBRL, afectando de diverso modo a representantes electos<sup>86</sup>, miembros de la junta de gobierno local no electos<sup>87</sup>, directivos<sup>88</sup> y funcionarios con habilitación de carácter estatal nombrados por libre designación<sup>89</sup>. Sin voluntad ahora de efectuar un análisis exhaustivo de dicha regulación, lo cierto es que la misma plantea diversas cuestiones problemáticas, como, por ejemplo, quién custodiaría los registros establecidos<sup>90</sup> o la insuficiencia del régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses establecido por la regulación estatal, ya expuesta. Algunos de estos problemas pueden y deben solucionarse de la mano de los *reglamentos orgánicos de las entidades locales*, donde se deberá establecer cómo se articulan los controles previstos.

El Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno viene a incidir en el sistema descrito, aunque de forma un tanto decepcionante. Como ya sabemos, remite para la definición de altos cargos a la normativa estatal, autonómica y local (artículo 22), y se remite al mismo cuadro de infracciones de la Ley 5/2006 de conflictos

---

86. Estableciendo la necesidad de formular declaraciones sobre causas de posible incompatibilidad, sus actividades económicas, sus bienes patrimoniales, sus participaciones en sociedades y liquidaciones de impuestos, las cuales se inscriben en el Registro de Intereses, de Actividades y de Bienes Patrimoniales de cada entidad, que son públicos (75.7). Asimismo, se les aplica la Ley 5/2006 estatal sobre conflictos de intereses (artículo 75.8, surgiendo entonces los mismos problemas aludidos antes).

87. Véase nota anterior, salvo la aplicación de la regulación de conflictos de intereses.

88. Aplicándoseles la Ley 53/1984, de incompatibilidades, así como el artículo 8 de la Ley 5/2006, como a los representantes electos. Asimismo, el régimen de declaraciones y registros aplicables a representantes electos también les será de aplicación.

Se considera personal directivo, a estos efectos, a los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.

89. En cuyo caso les será de aplicación el régimen de declaraciones y registros previsto para responsables electos y directivos.

90. El artículo 30 del Real Decreto 2568/1986 señala que sería el secretario, mientras que el artículo 163.3 del texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, por ejemplo, indica que sería el presidente de la corporación o en quien delegue. Parece que se impone la consideración del ROF como básico, puesto que no sería lógico que quien debe ser controlado controle el Registro de control... pero entonces el propio secretario si ha sido designado por libre designación sería un controlado controlador...

de intereses. De acuerdo con su disposición final segunda, esta Ley queda modificada, pasando a denominarse ahora la OCI como Oficina de Buen Gobierno y Conflicto de Intereses (puesto que, como sabemos, pasa a ser veladora de los principios éticos y de actuación de la Ley), y añadiéndose la obligación de todos los altos cargos, no solo de los miembros del Gobierno, de publicar en el BOE sus declaraciones patrimoniales.

En resumen: el Proyecto de Ley no modifica la legislación de incompatibilidades de 1984, desperdiciando para ello la segunda oportunidad, tras el EBEP (cabría decir que el título II es de buen gobierno, por lo que no era el ámbito adecuado: cabría replicar que la Ley debería referirse a la buena administración y al buen gobierno, conjuntamente, cosa que no hace). No existe ninguna modificación sustancial de la Ley de 2006 de conflictos de intereses. En concreto, se desaprovecha la oportunidad para reforzar la autonomía de la OCI y haberle atribuido nuevas competencias sancionadoras, más allá de la mera instrucción<sup>91</sup>.

### **2.2.2.3. Selección y nombramiento de empleados públicos y clientelismo: funcionarios y libre designación, personal eventual, personal directivo**

Otro frente de entrada de la corrupción es el clientelismo derivado de la *partitocracia* que se infiltra en las estructuras administrativas, destruyendo los principios de mérito y capacidad y la imparcialidad (artículos 23 y 103.3 CE, como señala Lapuente<sup>92</sup>). Jiménez Asensio ha destacado cómo, desde el advenimiento de la democracia, la *confianza política* en las cúpulas directivas, los altos funcionarios y el personal eventual se ha instaurado como consecuencia lógica de la concepción patrimonial de las instituciones públicas<sup>93</sup>.

Es indudable que, como señala el Informe de la Comisión de Expertos del EBEP (p. 9), “No puede existir una buena Administración allí donde el sistema de empleo públi-

---

91. Otra decisión que podría haberse adoptado hubiera sido atribuir a la nueva Agencia Estatal de Transparencia, Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios competencias para velar por el cumplimiento de la regulación de conflictos de intereses.

92. LAPUENTE GINÉ, V., *op. cit.*, p. 11: “De hecho, los países donde los políticos corruptos se consolidan a perpetuidad en el cargo suelen tener términos específicos –como padrino, cacique o ‘jao pho’ (en Tailandia)– reservados para designar a los cabecillas de las redes clientelares que, dependiendo del país y las circunstancias, distribuyen trabajos en la Administración, accesos preferenciales a servicios públicos, contratos públicos o licencias de negocios. Parece que los políticos corruptos exitosos electoralmente son aquellos que, cuando llegan al poder, no llegan solos, sino que son capaces de colonizar la Administración Pública con los miembros de una red clientelar. Como he mencionado en varios artículos, colonizar una Administración local o regional en España es relativamente sencillo, debido a la ausencia de unos grupos de funcionarios reclutados meritocráticamente y que actúen de contrapesos a los cargos electos –como, por ejemplo, ocurre en la Administración central del Estado–”.

93. JIMÉNEZ ASENSIO, R., Documento presentado al II Congreso de Gestión Pública, 2006, consultable en: [http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/R\\_JIMENEZ\\_ASENSIO\\_DIRECTIVOS\\_PUBLICOS.pdf](http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/R_JIMENEZ_ASENSIO_DIRECTIVOS_PUBLICOS.pdf)

co es deficiente". El derecho desempeña un papel importante en la evitación de esas deficiencias, que pueden comprometer la imparcialidad de los servidores públicos y la objetividad y buena administración. Un ejemplo positivo lo proporciona el artículo 60.2 EBEP, que señala ahora respecto a los órganos de selección para el acceso al empleo público que "El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección".

Pero la lucha contra la corrupción mediante un sistema de empleo público adecuado tiene diversos flancos *sensibles*, susceptibles de reforzamiento normativo y correcta aplicación por parte de los responsables públicos, que, en última instancia, como veremos, deben ser controlados por la jurisprudencia del contencioso-administrativo, la cual está ya dando pautas claras para que la discrecionalidad no derive en arbitrariedad y la confianza política en clientelismo corruptor. A continuación haremos breves referencias a los temas de los funcionarios públicos y la libre designación, con especial atención al mundo local, al personal eventual y al personal directivo.

Por lo que se refiere a los funcionarios y la libre designación, los artículos 79 y 80 EBEP establecen el marco regulador general, completado en el nivel local por su disposición adicional segunda (objeto de modificación por el Real Decreto-ley 8/2010).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que estos artículos del EBEP, cuando establecen el concurso como "procedimiento normal" y se refieren a "los puestos que por su especial responsabilidad y confianza puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública", no están entregando un poder omnímodo no controlable jurídicamente. Bien al contrario, existe una obligación de motivar la excepcionalidad (como se ha venido señalando desde el cambio jurisprudencial producido en 2006, por ejemplo STS de 28 de mayo de 2008) y de motivar la "especial responsabilidad y confianza" que fundamenta la excepción (STS de 16 de julio de 2007, relativa a jefaturas de servicio de la Diputación Foral de Vizcaya: no es motivación la alusión al *feeling* o "conexión anímica y aptitudinal con el órgano político"), debiendo cumplirse los mandatos de los artículos 9.3, 23 y 103.3, y motivarse "concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios y cualidades o condiciones personales y profesionales consideradas" (STS de 19 de octubre de 2009, Diputación Provincial)<sup>94</sup>.

---

94. Véanse ARRIBAS LÓPEZ, J. E., "La motivación de los actos administrativos de nombramiento de funcionarios para puestos de libre designación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2012, y ALONSO CAJIGAS, A., "La libre designación como forma de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública: sentido constitucional, uso y empleo", *Actualidad administrativa*, núm. 15, 2009, pp. 1765 y ss.

En el ámbito de los *funcionarios locales con habilitación nacional* (delicada cuestión, pues sus funciones tienen clara conexión con la prevención de la corrupción), la STC 235/2000 defendió la constitucionalidad de su libre designación, con argumentos ciertamente cuestionables y cuestionados por el voto particular del magistrado Pablo García Manzano, quien señaló, en contra del parecer mayoritario, que “situar al funcionario con habilitación ante la eventualidad de un cese o libre remoción, sin que el legislador haya introducido temperamento alguno para que no se produzca en las condiciones establecidas, implica que el ámbito de neutralidad e imparcialidad aparece así menoscabado ante el riesgo cierto de pérdida de la confianza del órgano monocrático que lo nombró, y consiguiente cese en las funciones de asesoramiento y control preventivo específicas y propias del puesto de trabajo al que accedió”, vulnerando el artículo 99.2 de la Ley 10/1993, que se cuestionaba, el artículo 103.3 CE.

Con posterioridad, la disposición adicional 2.<sup>a</sup> EBEP ha regulado esta cuestión, siendo modificado su apartado 5 en virtud del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que ha venido a establecer más garantías en el sistema de libre designación. Es ahora obligatoria la autorización expresa de la Administración que ejerza la tutela financiera para cubrir por tal sistema los puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal con funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación<sup>95</sup>. Igualmente, debe existir informe preceptivo de la misma Administración para el cese de los nombrados por libre designación dentro de los 6 años inmediatamente anteriores a la propuesta de cese<sup>96</sup>.

Aun habiéndose mejorado, pues, la regulación, la situación de los funcionarios con habilitación estatal continúa siendo complicada en general, así como correlativamente su papel en prevención de la corrupción, por cuanto, como es sabido, además de la libre designación, el sistema retributivo diseñado, dependiente de decisiones discrecionales vinculadas a la política que pueden oscilar

---

95. Por Administración que ejerza la tutela financiera debe entenderse la Administración autonómica. Así, en el ámbito catalán, por ejemplo, téngase en cuenta el artículo 48 del EAC de 1979, o ahora el 218.5 del EAC vigente.

96. Entendemos que la autorización y el informe deberán considerar cuestiones de mera legalidad, de conformidad con el debido respeto a la autonomía local, analizando los elementos reglados de las decisiones y su respeto a los principios generales del derecho (como la arbitrariedad, mediante el análisis de la motivación expuesta).

dependiendo de la “afinidad”, no contribuye a proteger la posición de estos empleados públicos<sup>97</sup>.

En cuanto al personal eventual (artículo 12 EBEP), aun sin nombrarla, la jurisprudencia protege la buena administración cuando señala que no hay obligación de motivar la confianza (STS de 17 de diciembre de 2001), pero hay obligación de motivar que los puestos se circunscriben a la “confianza y asesoramiento especial” que señala la Ley; así, STS de 17 de marzo de 2005 (puesto de director técnico del Servicio de Urbanismo Histórico de un ayuntamiento).

Por otro lado, la buena administración, la transparencia y los principios de eficiencia y economía tienen relación con la fijación de un número máximo de personal eventual y la publicidad de sus retribuciones, a que se refiere el artículo 12.2 EBEP, cuando señala que “las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas”<sup>98</sup>.

Finalmente, por lo que se refiere al personal directivo (artículo 13 EBEP), el ordenamiento jurídico ha dado pasos significativos en el sentido de profesionalizar esta figura, como es el caso de las previsiones de que el nombramiento deba efectuarse entre funcionarios de carrera (LOFAGE, artículos 15.2, 17.3 y 18.3; LBRL, artículo 130.3) y de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia, pudiendo excepcionar el requisito de ser funcionario solo en atención a las características “específicas” del puesto directivo<sup>99</sup>. Aun así, todavía es posible avanzar en este camino en el futuro<sup>100</sup>.

---

97. Véase TOSCAS SANTAMANS, E., “Las nuevas normas sobre los secretarios de ayuntamiento en España: un ejemplo de desregulación de la función pública”, *Scripta Nova*, vol. XII, núm. 270 (34), 1 de agosto de 2008. En el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local que circuló en el verano de 2012, se incluían una serie de medidas dirigidas a recuperar la dependencia funcional de estos funcionarios de la Administración del Estado.

98. Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción, artículo 8.Uno.1:

“Uno. El Gobierno, en el plazo de tres meses, remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley de modificación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que regula el Estatuto Básico del Empleado Público, de acuerdo a los criterios siguientes:

“1. Limitación por ley del número máximo de personal eventual.

“a) Se fijará, con naturaleza de norma básica, los máximos de personal eventual correspondientes a cada órgano de cualquier Administración Pública.

“b) Los respectivos tribunales de cuentas tendrán competencia para controlar ese número”.

99. Véase la STS de 3 de septiembre de 2010 y sus consideraciones sobre el nombramiento de directores generales de acuerdo a la LOFAGE y los límites de la discrecionalidad.

100. Así, véase la Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción, artículo 8.Uno.2:

#### **2.2.2.4. Diseños procedimentales y organizativos: separación entre instrucción y resolución y organismos de lucha contra la corrupción**

Una cuarta medida para la potenciación de la buena administración y la prevención de la corrupción, es incidir en los diseños jurídicos de procedimientos de tomas de decisiones y de estructuras organizativas dirigidas a luchar contra la corrupción.

En cuanto a los procedimientos administrativos, la trascendencia de sus funciones en determinados contextos podría demandar su diferenciación del órgano competente para resolver. Los principios constitucionales de imparcialidad y objetividad, así como el de eficacia, podrían recomendar la distinción funcional, e incluso orgánica en algunos supuestos, de las labores de instrucción y resolución<sup>101</sup>.

Esta separación puede potenciar la imparcialidad del responsable-instructor, aisándolo de presiones políticas y de *lobbies* privados. Además puede contribuir a dotar a esta figura de peso específico frente a los ciudadanos participantes en el procedimiento administrativo, con las consecuencias positivas que de ello puedan derivarse.

Aunque ahora no podemos extendernos sobre las cuestiones clave de este modo de potenciación de la aceptación de las decisiones administrativas discrecionales

---

"2. Profesionalización del directivo público.

"a) La duración de su cargo será de cinco años y solo podrá ser cesado por no haber cumplido los objetivos marcados o haber superado el tiempo.

"b) Cada nombramiento debe justificarse por escrito en términos de adecuación al perfil, profesionalidad y experiencia en puestos similares. Esta justificación se publicará en el 'Boletín Oficial' y en una sección de la página web del organismo correspondiente.

"c) La selección se realizará a partir de una terna propuesta por un órgano imparcial de acuerdo con el perfil que se busque.

"d) Se regulará un sistema de acreditación para directivos privados que quieran concurrir a puestos de alta dirección públicos. Que consistirá en superar un proceso objetivo de certificación de sus méritos semejante en la forma al que ahora existe para acreditar la valía de los profesores universitarios. De forma que una vez obtenida la acreditación, esta sea suficiente para considerar que cumplen con el requisito de mérito y capacidad para ser nombrados.

"e) El personal directivo estará sujeto, al menos, a una evaluación anual con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

"f) Los principales directivos públicos se someterán a una evaluación previa a su nombramiento por parte de una Comisión del Congreso de los Diputados".

101. La STC 76/1990, FJ 8, señaló que la separación entre las funciones de instrucción y resolución mediante su atribución a órganos distintos era una decisión que correspondía al legislador, el cual no estaba obligado constitucionalmente a ello. Ahora bien, consideraciones garantistas respecto a procedimientos sancionadores (recuérdese el artículo 134.2 LRJPAC) o relativas al logro de una buena administración, aspecto este que nos interesa ahora, pueden hacer recomendable tal separación.

(quién participa, cómo se garantiza la imparcialidad del mediador y qué relaciones se suscitan entre el acuerdo alcanzado por el mediador y la decisión final del órgano competente para resolver;<sup>102</sup>), sí queremos destacar que en nuestro derecho ya contamos con mecanismos jurídicos y regulación suficientes para promover, si esa es la voluntad, la mediación procedimental.

Este sería uno de los supuestos en los que la separación entre instructor y órgano resolutorio estaría justificada en razones de buena administración. Ciertos trámites administrativos (pensemos, por ejemplo, en los de *información pública*) podrían ser especialmente adecuados para el logro de consensos, si se articularan como auténticos foros para la potenciación de la aceptación de las futuras decisiones. Mecanismos como la *terminación convencional* del procedimiento, prevista en el artículo 88 LRJPAC, podrían tener juego en la plasmación de acuerdos procedimentales sobre ámbitos valorativos preparatorios de la decisión a adoptar por el órgano competente para resolver, el cual, salvo vulneración del ordenamiento jurídico, podría aceptar la alternativa consensuada que pueda servir (eficazmente, al evitarse posibles litigios futuros) al interés general.

En cuanto a la organización administrativa, existen ya ejemplos de organismos creados con el objetivo de velar por la prevención y represión de la corrupción, bien con competencias transversales, bien con competencias sectoriales, bien con garantías de su autonomía frente al poder que controlan, bien inscribiéndose en la propia estructura administrativa. Un ejemplo de organismo con competencias transversales y autonomía lo constituye la Oficina Antifraude de Cataluña, regulada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre. Se trata de una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia que se adscribe al Parlamento de Cataluña, y cuyo director es elegido por el Parlamento de Cataluña por mayoría de tres quintas partes, a propuesta del Gobierno, estando sus causas de cese rigurosamente reguladas. Ejemplos de organismos con competencias sectoriales y sin garantías de su autonomía frente a la Administración, en la que se integran, son la Agencia de

---

102. Véase PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y...*, op. cit., pp. 292 y ss., donde también pueden encontrarse referencias a experiencias en Francia, Gran Bretaña, Alemania o Estados Unidos. En este último país se dan en ámbitos tan dispares como la ordenación urbanística o el ejercicio de la potestad reglamentaria de modo negociado. Sería conveniente tener en cuenta en este punto las experiencias británicas (*inquiries*) y francesas (*enquêtes*), momentos procedimentales en la toma de ciertas decisiones públicas con impacto social, que se caracterizan por su conducción por un órgano específico (inspectores o comisarios), sujeto a régimen de incompatibilidades, lo que es un elemento útil para contener el efecto de las presiones de los grupos *NIMBY*. Dejando de lado las diferencias entre ambas figuras ahora, las dos se caracterizan por la búsqueda de dos finalidades: hacer realidad el deber de objetividad administrativo, mediante el conocimiento y ponderación de los hechos e intereses relevantes, y, en segundo lugar, hacer posible una amplia participación ciudadana.



Protección de la Legalidad Urbanística de Galicia<sup>103</sup> o la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística y Territorial de Mallorca<sup>104</sup>.

El impulso de este tipo de estructuras administrativas, pequeñas pero bien especializadas, con un adecuado aislamiento de influencias de las Administraciones a las cuales deben controlar (como la Oficina Catalana), puede suponer un avance en la prevención y lucha contra la corrupción.

### **2.2.2.5. *Transparencia y participación***

En quinto lugar, existen un conjunto de mejoras normativas y de funcionamiento administrativo que pueden ayudar a prevenir la corrupción. Se trata de estrategias tendentes a potenciar la transparencia de la actividad administrativa, la participación ciudadana y la buena administración.

La potenciación de declaraciones y registros, como se ha hecho en el ámbito local con la modificación del artículo 75 LBRL, ya analizada, es una vía de lucha contra la opacidad, siempre que se cumplan con seriedad los requisitos legales. En este sentido, quedan márgenes para mejorar todavía el funcionamiento en ámbitos sectoriales tan sensibles a la corrupción como, por ejemplo, la contratación. En este ámbito, como ha sido destacado, el cumplimiento efectivo de la prohibición de contratar con las Administraciones por parte de sujetos condenados mediante sentencia firme por delitos vinculados con la corrupción (artículo 60 TRLCSP) queda al albur de una ineficaz "cadena de comunicaciones desde los tribunales a la Junta

---

103. Creada por la Ley 9/2002, del 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural. De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 213/2007, que aprueba sus estatutos:

"La Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística de Galicia es un ente público de naturaleza consorcial, dotado de personalidad jurídica, patrimonio y presupuesto propios y plena autonomía en el cumplimiento de sus funciones, para el desarrollo en común por la Administración autonómica y los municipios que voluntariamente se integren en ella de las funciones de inspección, restauración de la legalidad y sanción en materia de urbanismo y el desempeño de cuantas otras competencias le asignan los presentes estatutos".

La Agencia está adscrita orgánicamente a la consejería competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio (artículo 5). Y la composición de su consejo ejecutivo es la siguiente (artículo 14):

"a) El/la presidente/a, que será el/la director/a general competente en materia de urbanismo de la Xunta de Galicia.

"b) Y los/las vocales, que serán:

"– Cuatro en representación de los ayuntamientos incorporados a la Agencia.

"– Cuatro en representación de la comunidad autónoma".

104. De acuerdo con sus estatutos, aprobados por el Consejo Insular de Mallorca en 2008 (<http://www.conselldemallorca.net/media/8776/estatuts.pdf>), se trata de un organismo autónomo adscrito al departamento competente del Consejo de Mallorca, cuyo presidente es el consejero competente de urbanismo del mismo. Sus funciones son velar por la legalidad urbanística, incluyendo la reacción contra decisiones administrativas ilegales y la denuncia ante el Ministerio Fiscal de la comisión de posibles delitos.

Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los órganos competentes de las comunidades autónomas”, que motiva que la Administración se conforme con que el propio contratista administrativo aporte una declaración responsable, pues “tan poco cree el legislador sectorial en sus propios medios”<sup>105</sup>. Parece evidente que existe aquí espacio para mejorar la eficacia de la actividad pública.

El Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, al regular el acceso a la información, debería permitir mejorar el conocimiento ciudadano de las decisiones todavía no adoptadas, y, por tanto, ayudar a una participación informada y eficaz. Sin embargo, continúan pendientes diversas cuestiones en el Proyecto, como las referidas a un ámbito de transparencia y participación tan importante como es el ejercicio de la potestad reglamentaria. Así, por ejemplo, el artículo 5 señala que las Administraciones Públicas publicarán los proyectos de reglamentos cuya iniciativa les corresponda<sup>106</sup>, pero, en caso de dictamen preceptivo, ello solo se hará una vez emitido este, “sin que ello suponga necesariamente, la apertura de un trámite de audiencia pública”. Parece que la publicación anterior al dictamen hubiera sido mucho más efectiva para el conocimiento ciudadano, con independencia de que luego se hiciera público también el dictamen. Igualmente hubiera podido aprovecharse para regular de nuevo la participación en el procedimiento reglamentario, anclada todavía en la visión garantista de la audiencia pública y necesitada de una profunda revisión, como hemos sostenido en otro lugar<sup>107</sup>.

Asimismo, este Proyecto de Ley nada dice sobre la transparencia y la negociación de reglamentos. Se sigue, pues, optando por negar este fenómeno, que, sin embargo, es frecuente en la práctica (véase la STS de 16 de septiembre de 2003, por ejemplo, muy ilustrativa al respecto). En ese sentido, hace años nos habíamos pronunciado a favor de reconocer legalmente algo que se da en la práctica (y lo razonábamos con ejemplos), para la que no existen escollos jurídicos insalvables<sup>108</sup>, pero que requiere una regulación referida a la necesidad de lograr una adecuada re-

---

105. QUERALT, J., “Reflexiones marginales sobre...”, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

106. Una cuestión asociada es dónde se hará tal publicación. El artículo 8 se refiere al Portal de la Transparencia como el sitio en que la información estatal se hará pública. Sería la oportunidad para desarrollar en el mismo una especie de Registro específico de proyectos de reglamentos de toda la Administración del Estado, a imagen y semejanza del Registro federal existente en los Estados Unidos de América, para evitar el peregrinaje por cada Ministerio en busca de sus iniciativas reglamentarias.

107. PONCE SOLÉ, J., “La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones”, *Revista de Administración Pública*, 162, septiembre/diciembre 2003, pp. 89 y ss.

108. PONCE SOLÉ, J., “La calidad en el desarrollo de...”, *op. cit.*, pp. 141 y ss. Téngase en cuenta los diversos supuestos en que nuestro ordenamiento acepta la negociación de productos normativos (caso de los convenios urbanísticos, por ejemplo), y que la Ley vasca 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General ya prevé en su artículo 7.2 que “se negociarán o consultarán con los representantes de personal, según los ámbitos materiales que establece la legislación correspondiente, los proyectos normativos sobre condiciones de trabajo y los que determine la legislación de función pública”.

presentación de los intereses presentes en la negociación, con la mayor transparencia posible, que aleje las dudas que puedan surgir en cada caso sobre el cumplimiento del deber constitucional de objetividad, haciendo transparente y controlado lo que de facto ya se hace, protegiendo y asegurando así la *igualdad participativa* de los intereses afectados en futuras negociaciones. En este último caso, que considerábamos preferible, sugeríamos la experiencia norteamericana, que ha conducido a la Ley sobre Negociación de Reglamentos de 1990, como inspiración. Nada de esto se ha recogido, sin embargo, en el Proyecto de Ley.

En fin, la insistencia en que la participación, en todos los niveles y ámbitos, sirve a la transparencia y es una potente herramienta de lucha contra la opacidad y la corrupción, debería conducir a insistir en la importancia de los trámites procedimentales participativos, tanto respecto a su existencia, primer y básico nivel, como respecto a la facilitación de la información adecuada por parte de las Administraciones<sup>109</sup>, o a la justificación del porqué se aceptan o rechazan las alegaciones presentadas, en garantía de la buena administración y en prevención de la corrupción<sup>110</sup>.

### **3. Las distintas vías de lucha contra la corrupción y de garantía de la buena administración**

El desarrollo de una buena administración que evite la corrupción depende, en última instancia, de la existencia de un conjunto de controles que la garanticen. Ofrecemos finalmente una visión panorámica de los controles dirigidos a tal fin, abogando por la introducción en nuestro ordenamiento de una acción pública en defensa del derecho a una buena administración.

---

109. La normativa transversal, de procedimiento, debería explicitar la necesidad de ofrecer a los participantes un “resumen ejecutivo” en términos fácilmente comprensibles de la documentación expuesta al público, como ya se hace sectorialmente, por influencia europea, en el ámbito de las evaluaciones de impacto ambiental.

110. Queremos aludir a diversas sentencias del Tribunal Supremo que se sitúan en la línea aquí sugerida. Se trata de dos destacables sentencias de dicho Tribunal, de 25 de febrero de 2003 (Ar. 3632) y de 4 de marzo de 2003 (Ar. 3762), que es de esperar sean seguidas por otras en la misma línea innovadora (un ejemplo se puede hallar ya en la STSJ de Castilla y León de 13 de julio de 2004, RJCA 2004\492). Dichas sentencias han señalado, respecto a un plan de ordenación de los recursos naturales, finalmente anulado, con argumentos perfectamente extensibles a cualquier decisión administrativa, que no basta con la simple apertura de informaciones públicas, sino que además se requiere que la Administración demuestre que lo alegado en las mismas ha sido realmente tomado en consideración seriamente, antes de adoptar la decisión final, mediante la respuesta razonada de las alegaciones (artículo 86.3 LRJPAC). Esta exigencia judicial se constituye en garantía jurídica de que el procedimiento planificador, en este caso, no es entendido como un mero ritual formalista, sino como una auténtica e importante sede de ponderación de hechos e intereses que permita garantizar, añadimos nosotros, una buena gobernanza, una buena administración y una adecuada participación ciudadana que posibilite lo anterior, así como un comportamiento administrativo democrático y transparente.

### 3.1. Controles externos e internos no judiciales

No insistiremos en la importancia en una sociedad libre y democrática de los controles sociales, entre ellos el ejercido por los medios de comunicación, en garantía de una buena administración y de la prevención de la corrupción. El fortalecimiento de la transparencia y de la participación, ya aludido, tiene aquí un papel relevante. Asimismo, tampoco nos detendremos en la relevancia de los controles políticos en sentido estricto, ejercidos por los Parlamentos democráticos.

La prevención de la corrupción puede ser fortalecida mediante el papel de instituciones de relevancia constitucional, estatutaria y legal, como los defensores del pueblo, que velan por los derechos de los ciudadanos y la buena administración<sup>111</sup>, el Tribunal de Cuentas<sup>112</sup> y órganos equivalentes autonómicos u organismos como la Oficina Antifraude de Cataluña, ya aludida.

En cuanto a los controles internos de las propias Administraciones, son de importancia evidente las funciones de la Intervención y de las inspecciones de servicios, destacando en el nivel local, como dijimos, el papel que debiera corresponder a los funcionarios con habilitación estatal, así como la correcta articulación de las fases de instrucción y resolución de los procedimientos, incluyendo los recursos administrativos.

### 3.2. Controles externos judiciales: por una acción pública en defensa del derecho a una buena administración

En última instancia, el control judicial debe detectar y reprimir la corrupción, mediante la anulación de las decisiones administrativas que son su resultado, la compensación de los daños que hayan podido causarse y el castigo de los responsables. A las relaciones entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa hemos dedicado atención en páginas precedentes.

Por lo que se refiere específicamente al ámbito contencioso-administrativo, la protección judicial eficaz del derecho a una buena administración es la mejor garantía anticorrupción. La insistencia en la importancia del procedimiento administrativo

---

111. Esta doble vertiente es clara en la Ley de 2009 del Defensor del Pueblo catalán, cuyo artículo 4.c señala que una de sus competencias es precisamente “velar porque las Administraciones garanticen el derecho a una buena administración”.

112. Véase específicamente la publicación de la tesis doctoral de FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Civitas, 2011.

debido, con una ponderación diligente de las normas, hechos e intereses implicados en la decisión, y la fundamentación y justificación de esta, es fundamental, y debe conllevar una rectificación en el modo en que doctrina mayoritaria y jurisprudencia tratan el papel del procedimiento administrativo. A estas cuestiones nos hemos referido con detalle en otros momentos y no podemos insistir ahora<sup>113</sup>.

Sí queremos, para finalizar, insistir sobre la necesidad de que los principios y el derecho a una buena administración tengan una protección procesal capaz de hacer cumplir lo que Prats señala cuando sostiene que “la funcionalidad institucional y el potencial reformista del derecho a una buena administración solo se captan si se toma en cuenta su dimensión colectiva”<sup>114</sup>.

Pues bien, una de las expresiones del derecho a la buena administración (reconocido ya en diversos estatutos y leyes, como nos consta), no la única pero también significativa, debería ser la capacidad ciudadana de reaccionar contra la corrupción que impide la buena administración. Y en el ámbito judicial, como señala Rego Blanco, “la acción pública representa el último eslabón de la evolución de un derecho subjetivo propiamente dicho, de carácter individual que recae sobre una ‘riqueza colectiva’”<sup>115</sup>.

En la situación jurídica actual, existe acción pública ante el Tribunal de Cuentas, respecto a la exigencia de responsabilidad contable en los procedimientos jurisdic-

---

113. Nos referimos a la relevancia de la actividad endoprocedimental y los actos trámites cualificados (artículo 107.1, sobre todo respecto a actos discrecionales y la incidencia en el fondo del asunto de estos), el papel de las medidas cautelares para evitar la consumación de las actividades corruptas (utilizando el criterio del *fumus boni iuris* en los casos de vulneración de los principios y del derecho a una buena administración, ante la apariencia de mal derecho de la decisión administrativa), la carga de la prueba de la buena administración (que debe corresponder a la Administración, mediante el expediente y la motivación) y la relevancia de los (mal) denominados “vicios de forma” (promoviendo una distinción entre vicios puramente formales y de procedimiento, que no son la misma cosa, con aplicación a los segundos del artículo 63.1 LRJPAC o la reinterpretación del artículo 63.2 LRJPAC, más allá de la mera indefensión).

114. Como señala PRATS CATALÀ, J., “La lucha contra la corrupción como parte integrante del derecho, el deber y las políticas de buena administración”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, mayo-agosto 2007, p. 21:

“Las Administraciones no se elevarán tirándose solo de sus cabellos. La mejora de sus capacidades institucionales requiere de nuevos equilibrios entre actores a los que puede ayudar considerablemente el reconocimiento de un derecho a la buena administración entendido principalmente como derecho colectivo de participación y control público. Decían los antiguos que el precio de la libertad es la vigilancia permanente. También decían que los agentes públicos, aunque no sean corruptos, han de ser considerados todos y siempre como corruptibles. [...] pero la activación efectiva del deber de buena administración no podrá hacerse sin el fomento de la ciudadanía organizada ejerciendo su derecho a la buena administración”.

115. REGO BLANCO, M. D., *La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.

cionales de este. Pero como ha puesto de relieve Fernández Ajenjo, la legislación vigente y la práctica del Tribunal limitan seriamente el ejercicio de la misma, que además se permite solo en el ámbito jurisdiccional, sin que pueda desarrollarse en la función fiscalizadora del Tribunal<sup>116</sup>. Por otro lado, esta acción pública abarca la tutela de los principios constitucionales de buena administración, de eficiencia y de economía (artículo 31 CE), no los otros, y solo cuando están en juego caudales públicos, no en otras situaciones donde también puede existir corrupción, teniendo como consecuencia, en su caso, la responsabilidad contable, pero ninguna otra.

Por ello, con independencia de que la acción pública en el ámbito del Tribunal de Cuentas deba ser mejorada como propone la doctrina, sería del todo conveniente instaurar una acción pública en defensa de la buena administración en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (ténganse en cuenta los artículos 125 CE, 19 LOPJ, y 19.1 h y 74 LJCA, así como la legislación sectorial que la reconoce). Las ventajas que presenta esta acción en la protección de bienes jurídicos de carácter supraindividual (como la buena administración y la erradicación de la corrupción) abogan por su uso, que además consideramos puede ser decidido por el legislador autonómico, cuando proceda a regular el derecho a una buena administración contenido en sus estatutos<sup>117</sup>.

#### 4. Conclusiones

Conviene recapitular muy brevemente las principales ideas de este trabajo:

1. Para el derecho administrativo, la corrupción pública del poder ejecutivo supone un *supuesto cualificado de desviación de poder*, en el que concurre

---

116. FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Thomson-Civitas, 2011.

117. Desde un *punto de vista competencial*, la competencia estatal en el ámbito procesal reconocida en el artículo 149.1.6 CE no obsta a que, como se ha venido efectuando en diversos ámbitos sectoriales, las comunidades autónomas puedan establecer acciones públicas, siempre que ostenten competencia sustantiva sobre la materia y las peculiaridades de la regulación sustantiva establecida en su ejercicio justifiquen la implantación de la acción pública.

Así lo ha hecho recientemente, por primera vez en España, el legislador catalán respecto al derecho a la vivienda (Ley catalana del derecho a la vivienda de 2007, artículo 6). El Dictamen del Consejo Consultivo recaído sobre el Proyecto de Ley señala que esta previsión es “una regulación de carácter adjetivo, incluida en la competencia estatutaria en materia de derecho procesal (artículo 130 EAC) que, de acuerdo con el artículo 149.1.6 CE, establece que ‘corresponde a la Generalitat dictar las normas procesales específicas que deriven de las particularidades del derecho substantivo de Cataluña’. El Consejo Consultivo señala que tal acción procesal ante las Administraciones y los tribunales no modifica ni altera la situación subjetiva del propietario ni, por tanto, su poder de goce y disposición del contenido del derecho de propiedad”.

una vulneración de los principios y del derecho a una buena administración, caracterizada por ser una mala administración o un mal gobierno desarrollados de forma dolosa para buscar el beneficio (lucro actual o futuro, propio o ajeno) de una persona física o jurídica.

2. La promoción de la transparencia, la participación y la buena administración implica el aumento de las probabilidades de prevenir y rebajar el nivel de corrupción pública en una sociedad, como aportaciones desde la psicología cognitiva ponen de relieve.
3. Derecho penal y derecho administrativo interactúan en la prevención y represión de la corrupción. Los avances del último en la definición y articulación de los principios y del derecho a una buena administración deben influir en el primero, y quedan por trabajar jurídicamente diversos supuestos problemáticos existentes, como es el caso de las cuestiones prejudiciales administrativas.
4. El derecho administrativo presenta la particularidad de ser un instrumento insustituible en la prevención de la corrupción mediante el (re)diseño de procedimientos y organizaciones. El estado de las investigaciones actuales permite afirmar que menos administración, desregulación o sustracción de competencias locales no equivale siempre a menor corrupción, y, en cambio, puede presentar problemas para la buena administración en servicio a los intereses generales.
5. Diversos mecanismos técnicos pueden ser reforzados por el derecho administrativo para una mayor eficacia en la prevención de la corrupción. El estudio ha considerado cinco de ellos: los códigos de conducta, éticos y de buen gobierno; la promoción de la imparcialidad y la objetividad mediante la regulación de la abstención y la recusación; el régimen de incompatibilidades y de conflictos de intereses; la selección y nombramiento de empleados públicos, y los diseños procedimentales y organizativos).
6. Existe todavía una necesidad de mejorar el derecho administrativo en esos cinco ámbitos seleccionados. En concreto, el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aunque supone un avance en algunos aspectos, sigue sin dar respuesta adecuada a diversas cuestiones pendientes de mejora.
7. En el ámbito de los controles de la corrupción en garantía de una buena administración, además de la mejora de mecanismos ya existentes (caso

del Tribunal de cuentas, por ejemplo), el estudio ha apostado por la consagración de una acción pública en relación con el derecho a una buena administración, para proteger el bien jurídico colectivo que este representa e intensificar la lucha contra la corrupción.