

CONTRA LA CORRUPCIÓN: MÁS TRANSPARENCIA, MÁS PREVENCIÓN

Against Corruption: Greater Transparency, More Prevention

CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO*

SUMARIO:

I. Introducción. II. Ante la corrupción: ¿Códigos de conducta? III. Los partidos políticos. IV. La actividad económica de la Administración. V. El sistema de prevención de los conflictos de intereses.

I. INTRODUCCIÓN

La construcción del Estado democrático de Derecho tiene, entre sus fundamentos, que los servidores públicos, de todas las categorías, obren al servicio del interés general, que actúen con imparcialidad y objetividad y, por tanto, bajo una taxativa interdicción de la arbitrariedad. Estos principios, constitucionalizados en los artículos 9, 117.1 y 103, son la base de todo el marco normativo que debe prevenir y castigar cualquier forma de corrupción. Porque, en efecto la corrupción, con mayor intensidad la delictiva, es precisamente la negación de estos principios, la subversión de la función pública democrática en cuanto, además de violar la ley, antepone el interés particular al público. Como ha dicho el profesor Calsamiglia, la corrupción es, sobre todo, un acto de “deslealtad” del servidor público hacia los valores constitucionales y decía “la corrupción pone de manifiesto la falta de aceptación de reglas importantes de la democracia”¹. La aceptación de esas reglas exige que estén perfectamente definidas y que sean imperativas de modo que su incumplimiento genere responsabilidad y una forma u otra de sanción. Es necesario que el Estado disponga de defensas jurídicas eficaces frente a sus propios servidores que, a diferencia de otros infractores, se amparan en las normas para quebrantarlas.

Porque la corrupción, lejos de ser la expresión de un comportamiento desviado individual, surge desde dentro del sistema e incluso el propio sistema lo genera. Entendiendo como sistema al poder político en su más

* Jefe de la Fiscalía General Anticorrupción de 1995 s 2003. Conferencia dictada en el Aula de Estudios Jurídicos Luis Portero (Granada).

¹ A. CALSAMIGLIA, *Cuestiones de lealtad*, Paidós, 2000.

amplio sentido. Precisamente por el carácter estructural de la corrupción, por su magnitud y por su trascendencia económica ha ido creciendo la preocupación internacional ante ella. Así lo reflejan instrumentos internacionales que han ido aprobándose en el curso de los últimos años.

En todos ellos se expresa la necesidad de que los abusos cometidos por los servidores públicos deben evitarse y sancionarse en cuanto comprometen la confianza de los ciudadanos en la Administración Pública. Por ello, advierten que ningún sistema de gobierno y ninguna administración están a salvo de la corrupción. Basta repasar los preámbulos de la Resolución 51/59 de la Asamblea General de las NN.UU de 12.12.1996, de medidas contra la corrupción, del Convenio del Consejo de Europa de 27.1.1999 y de la Convención de NN.UU contra la corrupción de 31.10.03. Por todas ellas, basta recordar los términos de la última Convención: "Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades, al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y a comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley". Haciendo un llamamiento para crear una cultura de rechazo de la corrupción². Asimismo la Convención señala cómo el fenómeno de la corrupción se ha internacionalizado y ha adquirido una relevante trascendencia económica que perjudica la economía de todos los países y en especial de aquellos que tienen economías de transición en cuanto representa una desviación de fondos públicos, una reducción de la inversión y un directo perjuicio al desarrollo económico. No es de extrañar por tanto, que plantee rigurosamente la recuperación de activos obtenidos ilegalmente. La magnitud de la corrupción ha quedado reflejada en numerosas ocasiones por la Oficina contra la droga y el delito de NN.UU. Cada año, se pagan en el mundo sobornos por valor de más de un billón de dólares. Por ejemplo, en África, la corrupción y otras conductas ilícitas han contribuido a la fuga de capitales desde ese continente por valor de 400.000 millones de dólares. Hacer inversiones en un Estado relativamente corrupto puede ser un 20% más costoso que un país sin corrupción. Según Transparencia Internacional las cifras son del mismo alcance, concluyendo, entre otros aspectos, que el resultado (de la corrupción), particularmente en la construcción, es el aumento del coste y la reducción de la calidad de las infraestructuras con consecuencias de gran alcance que describe como "el dinero se malgasta, los países caen en bancarrota y la gente muere"³. Ante este panorama, es justificable la preocupación internacional por un fenómeno social y delictivo que exige una reacción institucional y normativa adecuada.

² Para una mejor comprensión del problema ver el "Informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa". El Gobierno de España ha firmado el convenio del Consejo de Europa el 10.5.05 y el Consejo de Ministros, aprobó el 6.5.05 la firma de la Convención de NN.UU.

³ Ver Informe global de la corrupción 2.005

Las Autoridades que asuman la persecución de la corrupción deben estar especializadas y dotadas de instrumentos jurídicos capaces de penetrar en el entramado empresarial y económico de la corrupción y, sobre todo, debe estar garantizado "que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas" (Art. 36 Convención NN.UU). Ciertamente no es imposible penetrar en ese entramado y perseguir efectivamente la corrupción pero no pueden negarse las dificultades existentes y las graves carencias que todavía subsisten. Valgan, al efecto, dos precisiones. En primer lugar, es significativo que la Convención de NN.UU (Art. 40) haga expresa referencia, como condición de una investigación eficaz, a la necesidad de que en "el ordenamiento jurídico interno disponga de mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la Legislación relativa al secreto bancario"

El secreto bancario, pese a estar ya privado de su valor como instrumento de protección de los clientes frente a la Administración, continúa representando una importante barrera en la investigación. Por ello no es de extrañar que en las conclusiones de Tampere se haya dicho que, con independencia de las disposiciones sobre la confidencialidad aplicables a la actividad bancaria, las autoridades judiciales y las Unidades de Información Financiera deben tener derecho, bajo control judicial, a recibir información cuando ésta resulte necesaria para investigar el blanqueo de capitales.

Pero subsisten serias dificultades en la cooperación internacional en la medida en que la confidencialidad bancaria está presente en muchos ordenamientos europeos, en materia fiscal, confidencialidad que termina por proyectarse también en el ámbito penal. Ciertamente, algunos avances se han producido, la Directiva 2.004/56/CE y su incorporación al ordenamiento español a través del Real Decreto 161/2005, de 11 de febrero, representa un avance en la cooperación europea mediante el intercambio de información tributaria pese a que se mantienen restricciones graves como la posible oposición del Estado que facilita la información a que ésta pueda ser revelada en el curso de un proceso penal. Pero, en todo caso, las dificultades siguen presentes. Así se desprende con toda evidencia de la Directiva comunitaria 2003/48/CE, de 3 de junio de 2003, sobre fiscalidad del ahorro. Constata que son frecuentes los casos de residentes que consiguen eludir toda tributación en su Estado de residencia por los intereses percibidos en un Estado distinto al de su residencia. Reconoce que estos movimientos de capital originan "distorsiones que son incompatibles con el mercado interior". Y admite que "mientras Estados Unidos, Suiza, Andorra, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y los territorios dependientes y asociados pertinentes de los Estados miembros⁴ no apliquen todas medidas equivalentes o idénticas a las previstas en la presente Directiva, la fuga de capitales hacia dichos países y territorios podría hacer peligrar el logro de sus objetivos". La Unión Europea ya había

⁴ "Islas del Canal, Isla de Man y los territorios dependientes o asociados del Caribe".

reconocido la realidad de los paraísos fiscales en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículos 182 a 188), pero esta Directiva no solo reconoce explícitamente su condición de territorios privilegiados para la fuga de capitales y la evasión fiscal, sino que reconoce también su condición de países no cooperantes en el suministro de información relevante relacionada con la actividad bancaria.

Es evidente la finalidad fiscal que pretende la Directiva, como también es evidente que la cooperación que se pretende exige el intercambio de información acerca de la identidad de los beneficiarios de los intereses y de sus cuentas bancarias. Pues bien, debido a lo que se denomina “divergencias estructurales”, que no es otra cosa que el secreto bancario, se otorga un aplazamiento para la aplicación de la Directiva a Austria, Bélgica y Luxemburgo, que así obtienen un trato de favor. En definitiva, se subordina la política fiscal europea a las decisiones finales, casi un veto, de los paraísos fiscales y de los Estados de que dependen. La naturaleza fiscal de la Directiva no puede impedir reconocer que constituye un pésimo precedente, incluso en el ámbito penal, en la lucha contra la corrupción.

En la cooperación penal internacional, los problemas derivados del secreto bancario son evidentes. El problema era tan grave que el Consejo de la Unión Europea, el 4 de abril de 2001, emitió un Informe que señalaba las dificultades para conseguir la identificación de las cuentas bancarias y el seguimiento de sus movimientos. Con seguridad, dicho informe, fue el detonante del Protocolo del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 21 de noviembre de 2001⁵.

El Protocolo se fundamenta en la necesidad de adoptar medidas adicionales para combatir “la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales y la delincuencia financiera”. Para ese fin, los Estados miembros se comprometen a cumplimentar solicitudes de información sobre la titularidad de cuentas bancarias, sobre transacciones y a garantizar el control, durante un período determinado, de las operaciones realizadas las cuentas que son objeto de investigación. El resultado es que, casi cuatro años después, el protocolo sólo ha sido ratificado por nueve Estados, incluido España, con las significativas ausencias de Reino Unido e Italia, un signo más de la resistencia que ofrece la Comunidad Europea para abordar el control de la banca como cauce y partícipe de la delincuencia económica y de la corrupción.

En segundo lugar, ya en el ámbito del ordenamiento procesal español, resulta preocupante que el Art.282 bis no incluya los delitos de corrupción, esencialmente los comprendidos en los Títulos XIX y XIX bis del Código

⁵ Diario Oficial CCEE nº C 326, p. 0002-0008. El Protocolo sólo es aplicable a infracciones penales sancionadas con una pena o medida de seguridad privativa de libertad “de una duración máxima de al menos cuatro años en el Estado requirente y de al menos dos años en el Estado requerido”, a las mencionadas en el artículo 2 del Convenio Europol y las incluidas en el Convenio PIF y los Protocolos de 1996 y 1997.

Penal, entre los que pueden cometerse a través de formas de delincuencia organizada. Es grave, en cuanto expresa un planteamiento restrictivo de la corrupción delictiva, desoyendo los enfoques de la corrupción de todos los instrumentos internacionales. Y, además, porque impide aplicar a estos delitos técnicas especiales de investigación para su descubrimiento como el “agente encubierto” o, como se precisa en la Convención de NN.UU. (Art. 50.1), la “vigilancia electrónica” y las “operaciones encubiertas”.

II. ANTE LA CORRUPCIÓN: ¿CÓDIGOS DE CONDUCTA?

El tratamiento de la corrupción no debe incurrir en el error de centrar la respuesta exclusivamente en el Código Penal. Si los hechos son indiciariamente delictivos es evidente que deberá actuarse penalmente pero no puede ni debe renunciarse a los “instrumentos extrapenales como los administrativos, más eficaces e intervencionistas”⁶ que deben garantizar la primera y más eficaz respuesta preventiva contra la corrupción. Es sabido que ante determinadas conductas ilícitas, el legislador, sobretodo en la fase de la conminación penal, acude al criterio de las que se han llamado *Leyes activistas* “con las que se suscita en la sociedad la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos”⁷, en definitiva, una “huída al derecho penal” atribuyendo al Código penal efectos más simbólicos que reales. Porque, en efecto, el Derecho penal, por sí solo, no podrá afrontar un problema tan complejo ni podrá sustituir las soluciones que radican en la propia estructura política. Como ya se ha dicho, la corrupción delictiva no es un fenómeno individual ni aislado, es un hecho estructural y por más que se quiera no podrá ocultarse tratando de plantearse como si se tratara de meros comportamientos individuales⁸. Así resulta con claridad de la investigación llevada a cabo por el Instituto Andaluz interuniversitario de criminología sobre el urbanismo en la Costa del Sol, donde, como se verá más adelante, se describe un ámbito donde la confluencia necesaria de la potestad pública y de la iniciativa privada y la necesidad de conciliar intereses públicos y privados favorece la irrupción de la corrupción y su conexión con la criminalidad organizada⁹.

⁶ MERCEDES GARCÍA ARAN, “El retroceso de las ideas en las reformas penales del 2.003”, *Revista jurídica de Catalunya* núm. 2, 2.005, p. 46.

⁷ El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. En obra colectiva *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Colección de estudios. Universidad Castilla la Mancha Cuenca. 2.003.

⁸ GARCÍA ARAN, “¿Hasta dónde la criminalización de lo público?”, *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, CGPJ. 1.998 pp. 262 y 263.

⁹ “Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada en la Costa del Sol” Seminario que estudió esa problemática y cuyos resultados se publicaron en la obra “Prácticas ilícitas en

El reforzamiento de las potestades de la Administración es un presupuesto necesario de cualquier enfoque de la corrupción. La trascendencia de la respuesta administrativa quedó de manifiesto cuando el pleno del Congreso de Diputados, el 23.4.2002, aprobó una moción instando al Gobierno a la reforma del sistema de incompatibilidades. Y en el debate mantenido en el Congreso el 8.2.05, con motivo de la discusión de una proposición de ley sobre dicha materia, la portavoz socialista dijo que compartía “la profundización en los valores éticos que deben presidir el ejercicio de la actividad pública, que son necesarias medidas para regenerar el ejercicio de la democracia, que es necesaria la máxima eficacia en la prestación de los servicios y la transparencia en sus procedimientos”¹⁰. Sin embargo, continúa sin afrontarse globalmente la reforma del marco normativo para la prevención de la corrupción. Porque la iniciativa emprendida por el Gobierno recientemente, aprobando un Código de Buen Gobierno para los miembros del Gobierno i Altos Cargos, no es la medida necesaria ni garantiza eficacia en el control de la observancia del sistema vigente. En efecto, el Gobierno, por Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, ha aprobado bajo esa denominación un conjunto de “Principios éticos” y de “Principios de conducta”, señalando en su preámbulo que tienen como finalidad añadir a las disposiciones vigentes, que se denomina “bloque de legalidad”, aquellos principios a modo de “valores de referencia” que constituyen una “garantía adicional” para la aplicación de una “eficaz política de prevención y gestión de conflictos”. Cada uno de dichos principios consiste en la enunciación de una pauta de comportamiento. Así, entre otros, “se abstendrán de todo tipo de negocios y actividades financieras que puedan comprometer la objetividad de la Administración en el servicio a los intereses generales”, “sus actividades públicas relevantes serán transparentes”, “la adopción de decisiones perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común”, “el desempeño de los altos cargos exige plena dedicación” y, entre otros, “administrarán los recursos públicos con austeridad”. Finalmente, se dice que en caso de incumplimiento de dichos principios, “el Consejo de Ministros adoptará las medidas oportunas” que no se especifican. Estamos ante una práctica que, según el preámbulo está inspirada por la OCDE pero tiene otros precedentes más relevantes¹¹. En todo caso, no pasan de ser “patrones de

la actividad urbanística”. Un estudio de la Costa del Sol. Tirant “Criminología y educación social”, Serie mayor, Valencia 2.004.

¹⁰ Diario de sesiones nº 68. Proposición de ley del grupo Izquierda Unida-Izquierda Verde-Iniciativa per Catalunya, sobre la eficacia del régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la administración general del Estado.

¹¹ Código Internacional de conducta para los titulares de cargos públicos de 12.12.96 de NN.UU citado como referencia obligada en el artículo 8.3 de la convención contra la corrupción.

deseabilidad”¹² que no sólo son de escasa o nula eficacia sino que pueden servir para ocultar la ausencia de reformas realmente efectivas. La propia generalidad, imprecisión y ambigüedad de los principios hace que sólo puedan tener un valor orientativo en cuanto no generan responsabilidad individual ni está prevista sanción en caso de incumplimiento, con independencia de la dificultad que entrañaría determinar el incumplimiento de meros valores indicativos de conducta. Ciertamente, en otros Estados, como Reino Unido y EE.UU. rigen Códigos de conducta semejantes pero aquí parecen completamente superfluos en un ordenamiento que, por mandato constitucional, ya dispone de normas precisas, aunque insuficientes, para asegurar “la transparencia, eficacia, y dedicación plena a las funciones públicas”. En todo caso, el Código aprobado trasluce una concepción restrictiva y conservadora de la corrupción, como si ésta fuera una desviación individual cuando, como ya se ha dicho, es un fenómeno político estructural.

Para valorar en su conjunto el marco normativo que tiene como finalidad la prevención de la corrupción se abordará cuanto se refiere a la financiación de los partidos políticos, a la actividad económica de la Administración y a los conflictos de intereses.

III. LOS PARTIDOS POLÍTICOS

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

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

Desde esta perspectiva, cobra singular importancia cómo se produce la financiación de los mismos por varias razones. Primera, porque el crecimiento de los costes de la política derivado sobre todo de las modernas campañas electorales ha impuesto a los partidos políticos una exigencia de recursos

¹² M.VILLORIA, *Ética pública y corrupción*, Tecnos, p. 176.

económicos que no podía ser satisfecha por los partidos políticos por la vía de la cuota de sus militantes. En consecuencia, la obtención de dinero se convertía en un objetivo político en sí mismo.

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

Pero la admisión de la financiación privada ha generado una situación compleja y de evidentes riesgos. Esencialmente el endeudamiento de los partidos y su dependencia de la gran banca. Consecuentemente en muchos casos ha hecho crisis la independencia de los partidos frente a los grupos económicos poderosos y la transparencia en la gestión de los fondos así obtenidos. La consecuencia ha sido devastadora. Basta repasar algunos ejemplos con trascendencia pública de financiación irregular de los partidos políticos. En Francia: Emmanuelli, del Partido Socialista; Juppé del RPR; Méhaignerie, de la UDF; Hue del PCF; Leotard del PR. En Italia: Forlani de la Democracia Cristiana; Craxi del PSI; y Berlusconi de Forza Italia. En Alemania, primero el democristiano Späth, luego Johannes Rau del SPD y finalmente Helmut Kohl. En Bélgica, el exsecretario general de la OTAN, Willy Claes; y en España, los casos Gil, Naseiro, Cañellas, Filesa y otros pendientes judicialmente que afectan a Unión Democrática de Cataluña.

Las soluciones planteadas han sido diversas, todas en la perspectiva de restringir o suprimir la financiación privada y su sustitución por la financiación pública. En todo caso, dada la escasa afiliación a los partidos, el objetivo debe ser que no queden “a merced de las grandes empresas” (J. Malem) al constar de forma cierta que el dinero es un factor relevante de influencias ilícitas y de corrupción. Por tanto, de mantenerse la financiación privada, debe someterse a exigencias de publicidad, y a un régimen de control interno y externo que evite la opacidad a través de la doble contabilidad y de la constitución de fundaciones a través de las que se captan fondos que no pueden ser fiscalizados. Es, pues, inadmisibles la admisión de donaciones anónimas que “ayudan a ocultar la compensación ilícita y facilitan los esfuerzos para desviar fondos para uso personal”¹³. Naturalmente que no toda financiación es ilegal ni siquiera la ilegalidad de las donaciones es sinónimo de corrupción delictiva. Pero, todas pueden conducir a un sistema de contraprestaciones económicas o de otro signo a favor del donante que convierte al partido en un instrumento de grupos de presión.

El punto de partida de esta reflexión se sitúa, obviamente, en el estudio del sistema de financiación en España, regulado por la Ley Orgánica 3/87, de 2 de julio, sobre financiación de los partidos políticos y por la Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, de Régimen Electoral General.

¹³ Ver SUSAN ROSE-ACKERMAN, *La corrupción y los gobiernos*, Siglo XXI, pp. 174 ss.

La Ley de 1987 ya se refiere a los presupuestos anteriormente mencionados.

Así lo expresó con toda claridad el Preámbulo de la misma al afirmar: “El artículo 6 de la Constitución de 1978 configura los partidos políticos como instrumentos fundamentales para la participación política. Existe así un reconocimiento expreso en nuestra norma fundamental de la relevancia de los mismos, en tanto son expresión del pluralismo y concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular”. Sigue diciendo el Preámbulo que “la presente Ley tiene como objetivo fundamental establecer el marco normativo básico que discipline, con arreglo a principios de suficiencia y publicidad, la actividad económica (de los partidos políticos)”. Y, añade, “en materia de financiación privada se recoge, como normal general, la licitud de las aportaciones financieras (...) con las limitaciones necesarias que se derivan de los principios de publicidad e independencia, especial en relación con las aportaciones anónimas”.

La financiación pública, la “financiación privada” y las “obligaciones contables” son los ejes de dicha Ley.

Con respecto a la financiación privada el artículo 4.1 establece que “los partidos políticos podrán recibir aportaciones no finalistas dentro de los límites y con arreglo a los requisitos y condiciones establecidos en la presente Ley”. Sin embargo, establece las siguientes restricciones en el apartado 3 de dicho precepto al establecer que los partidos *no podrán aceptar o recibir* directa o indirectamente las siguientes aportaciones:

- a) Aportaciones anónimas, cuando la cuantía total de las recibidas en un ejercicio económico anual sobrepase el 5 por 100 de la cantidad asignada en los Presupuestos Generales del Estado en ese ejercicio para atender la subvención pública a los partidos políticos prevista en el artículo anterior.
- b) Aportaciones procedentes de una misma persona física o jurídica, superiores a la cantidad de 10.000.000 de pesetas al año (60.060,60 euros).
- c) Aportaciones procedentes de empresas públicas ni de empresas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras o suministros para alguna Administración Pública.”

Además establece la prohibición de financiación por parte de Gobiernos y organismos públicos extranjeros, sin perjuicio de las subvenciones de funcionamiento establecidas por el Parlamento Europeo.

La norma parte, pues, de un principio limitativo para evitar la excesiva dependencia de los partidos de la financiación privada que se complementa con otra exigencia legal, que dichos ingresos se abonen en cuentas de entidades de crédito exclusivamente dedicadas a ese fin.

Ante el incumplimiento de las normas anteriores, la Ley sólo contempla una sanción de multa nada efectiva ni disuasoria además de que ha resultado prácticamente inoperante. Sencillamente, es una norma vacía de contenido real, puesto que no se ha desarrollado reglamentariamente y, por lo tanto, resulta imposible precisar cuál es el procedimiento y el órgano sancionador. La consecuencia es que el incumplimiento de las normas sobre financiación

privada, pese a las gravísimas consecuencias que puede generar en el funcionamiento del sistema, no genera ninguna responsabilidad. Ni siquiera se contemplan, al menos en el ámbito administrativo, medidas más eficaces como podrían haber sido la no percepción o devolución de subvenciones públicas. Aunque el vacío normativo en esta materia no es completo. El artículo 134.2 de la Ley Electoral General otorga al Tribunal de Cuentas la facultad de proponer, cuando se violen las restricciones establecidas en materia de ingresos y gastos electorales “la no adjudicación o reducción de la subvención estatal al partido, federación (...) o agrupación de que se trate”, si bien no nos consta el uso que se ha hecho de esta facultad.

Ya en el ámbito de las campañas electorales, la Ley Electoral General contiene una regulación semejante comprendida en los artículos 128 y 129 de dicha Ley, precepto este último que establece que “ninguna persona física o jurídica puede aportar más de un millón de pesetas (6.060,60 euros) a las cuentas abiertas por un mismo partido, federación, coalición o agrupación para recaudar fondos en las elecciones convocadas”

El Tribunal de Cuentas en el Informe correspondiente al ejercicio 2001, además de críticas sobre serias deficiencias contables, hace constar graves y preocupantes apreciaciones como, entre otras “... en la formación política Partido Popular no consta, como se prevé en el art. 4.2 de esa misma ley (L.O. 3/87) el acuerdo adoptado por el órgano social competente para las aportaciones procedentes de cinco personas jurídicas por un total de 50.485,01 euros”. Asimismo se dice: “en cuanto a las aportaciones anónimas, dada su naturaleza, no se ha podido comprobar el cumplimiento del límite legal establecido para las aportaciones privadas individuales”. Igualmente se hace constar que la falta de respuesta o la remisión de contestaciones incompletas por parte de algunas entidades financieras ha constituido una limitación para verificar las operaciones bancarias formalizadas por las formaciones políticas. Concretamente cuatro entidades de crédito no han remitido información sobre operaciones de partidos políticos pese a que la deuda de éstos suma 7 millones de euros. Pero, sobre todo, el Tribunal de Cuentas constata un dato de enorme gravedad, que el 90% de las donaciones a los partidos son anónimas y opacas, habiéndose elevado en ese ejercicio a 2.521.353,42 euros al Partido Popular, 1.731.275,47 euros a Convergencia Democrática y 1.683.002,18 euros a Unión Democrática y en mucho menos alcance a los restantes partidos.

Recomendaciones reiteradas en el informe de 30.9.03, “a fin de que se inicie con la mayor brevedad y con el máximo consenso posible la reforma de la Ley de Financiación de partidos políticos”.

A pesar de tantos escándalos, las fuentes reales de financiación privada de los partidos políticos continúan escapando a un control efectivo

Si es urgente regular las fuentes de financiación, también lo es saber cómo circula el dinero en los partidos. En primer lugar, porque estos carecen de controles internos eficaces. Además, los partidos han creado en su entorno diversas entidades que, por su naturaleza, no pueden ser fiscalizadas, como

sociedades mercantiles con actividades inmobiliarias y Fundaciones que resultan opacas a la fiscalización oficial. Además, los partidos obtienen fondos de las entidades de crédito en forma de préstamos o créditos. Resulta, cuando menos sorprendente, que ante determinados créditos que los partidos no liquidan, los bancos no exijan su cumplimiento, que la banca condone los intereses y hasta parte del capital de los préstamos otorgados, lo que constituye una autentica donación, en eso consiste la renuncia por el banco al cobro de las deudas. Manifiesto trato de favor que sería inconcebible para cualquier ciudadano y que nuevamente suscita la pregunta: ¿Por qué? Porque, antes o después, los benefactores esperarán una respuesta que compense ese trato tan favorable. Pero ya están colaborando al mantenimiento de la opacidad de las cuentas de los partidos. Es, sin duda, una forma irregular de financiación pero, sobre todo, es preocupante porque, puede generar una relación de dependencia de los partidos hacia los grandes poderes económicos y constituye una ofensa a principios básicos de igualdad y de solidaridad.

Lo anteriormente expuesto ha determinado una creciente corrupción en la financiación de los partidos políticos. Ya advertía de los riesgos de la financiación privada oculta a los partidos políticos el Documento emanado de la Asamblea de las Naciones Unidas: “debe admitirse que quienes benefician a los partidos políticos esperan la contrapartida de ventajas financieras o personales importantes”. Igualmente, son de destacar las consideraciones del Profesor M.P. Koenig, de la Universidad de Estrasburgo en el marco del Seminario sobre “Derechos del Hombre y Democracia verdadera” (02.01.1995): “La cuestión esencial es saber porqué una sociedad o una empresa financia un partido político. La respuesta lógica es que el generoso donador busca en el partido y, por consiguiente, en los poderes públicos que son ocupados por el partido, ventajas que, en otro caso, no habría obtenido. Actitud que sitúa la cuestión en el umbral del Derecho Penal, lo que conduce a una ruptura de la igualdad en la posición de los usuarios de cualquier servicio público”.

Es el momento, pues, para que, sin más dilaciones se proceda a la reforma de la ley vigente. Las pautas esenciales de la reforma están contenidas en la Recomendación del Consejo de Europa (2.003) 4 que contiene un elemento central: “Para asegurar la transparencia deben evitarse las donaciones ocultas”. Asimismo, es una exigencia derivada de la Convención de Naciones Unidas (art. 7.3) que recomienda “aumentar la transparencia en la financiación de los partidos políticos”

Ciertamente, fue un acierto que se garantizase y protegiese la pureza del proceso electoral otorgándosele la máxima tutela mediante la tipificación penal de aquellas conductas. Pero si graves son las citadas conductas, tanto o más pueden serlo la de aquellos que, quebrantando la normativa vigente, aportan fondos irregularmente a un partido político, aportación que no puede tener otra finalidad que, con independencia de que se produzca o no, obtener una ventaja presente o futura, sobre todo cuando quien hace la aportación es una sociedad mercantil que ha sido o puede ser adjudicataria de una obra o servicio público o beneficiaria de una decisión urbanística. Por otra parte,

a nadie se le escapa que quien realiza aportaciones que por ser irregulares el partido tiene que ocultar mediante operaciones de simulación, adquiere una posición de influencia, cuando no de dominio, sobre el aparato del partido y sobre sus dirigentes particularmente

Estamos pues ante conductas de contenido lesivo del orden constitucional en cuanto alteran gravemente, por las razones descritas, los fundamentos y las garantías del pluralismo democrático, como bien decía el Tribunal Supremo en la Sentencia del caso FILESA. Son conductas, diciéndolo en los términos del artículo 4.2 del Código Penal “dignas de represión” y, por ello deben tipificarse penalmente.

El Estado no puede sustraerse por más tiempo a configurar como último instrumento una reacción de naturaleza penal ante hechos que, además de revestir una evidente gravedad, están situados de lleno en el ámbito de la corrupción pública con los efectos devastadores que ya han sido denunciados en repetidas ocasiones por el Consejo de Europa. Es una reacción penal proporcionada a la gravedad de la conducta, lo que se ha llamado la “criminalización primaria”, y desde luego compatible con que se perfeccionen los instrumentos preventivos respecto del control de la actividad económico-financiera de los partidos. Es una cuestión planteada y aceptada por quienes ante el equilibrio entre Estado de Derecho y Democracia “creen que los mecanismos del proceso político democrático no bastan, por sí solos, para evitar los excesos de los gobernantes; y ello, en especial, cuando los casos de criminalidad gubernativa afectan al correcto funcionamiento de la democracia misma”¹⁴. Serían dos formas claramente complementarias de defensa del orden constitucional.

Y la Unión Europea parece ir en esa dirección, tanto la Comunicación de 26.8.03, “una política global de la U.E. contra la corrupción”, (COM.2003(317) final), la Recomendación del Consejo de Europa 1516(2001) que invita al establecimiento de “sanciones significativas” y el Reglamento del Consejo Europeo, (CE) nº 2004/2003, que contiene numerosas prohibiciones para garantizar la transparencia de los partidos.

La penalización de tales conductas es la condición necesaria para concebir un sistema unitario y coherente de normas penales, además de las ya previstas en la Ley Electoral, para sin rebasar los límites de última ratio salvaguardar la función que los partidos políticos están llamados a cumplir en el sistema democrático.

IV. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LA ADMINISTRACIÓN

La economía de mercado exige que el Estado ejerza una función económica correctora, precisamente para garantizar y preservar una dimensión

¹⁴ Luis María Díez-Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, p. 30.

social inspirada en principios de justicia. El Estado asume un importante papel en el gobierno de la economía como la tributación y el endeudamiento, las actividades crediticias, la regulación urbanística, expropiaciones, privatizaciones y, sobre todo, inversiones directas en obras públicas o las que se producen a los concesionarios de obras y servicios públicos, terreno, sin duda, favorecedor de prácticas corruptas.

Señalaba C. Auger que “el Estado moderno asume en todas partes un importante papel en el gobierno de la economía, en el control indirecto (Financiaciones-subsidios) de bancos e industrias y en el control directo si se trata de empresas públicas. Gobierno de la economía que elude sustancial sino formalmente el control democrático y el control jurisdiccional”¹⁵ Así, el profesor Caciagli, analizando el caso italiano, afirmaba que estaba acreditada “la propagación del intercambio corrupto en todas las áreas de la intervención pública” en la economía y, particularmente, en las obras públicas porque los procedimientos burocráticos administrativos contenían factores favorecedores de la corrupción. En efecto, decía que el predominio sobre otros criterios del de la eficacia recurriendo a adjudicaciones directas, ha llevado a afirmar al autor Stefano Rodotà que “en nombre de una rápida decisión han sido atacados sistemáticamente los controles formales e informales”¹⁶. En efecto, dichas irregularidades han tenido y siguen teniendo un efecto grave y perturbador en el funcionamiento de la Administración¹⁷.

En efecto, la contratación pública es, quizás, el ámbito que mejor debe preservarse de la corrupción. El preámbulo de la Ley 13/95, de 18 de mayo, hoy R.D.Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, ya lo precisaba con claridad: “Una de las más importantes enseñanzas de la experiencia es la necesidad de garantizar plenamente *la transparencia* de la contratación administrativa como medio para lograr *la objetividad* en la actividad administrativa y el *respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia*”. Y para el logro de estos objetivos dice la Exposición de Motivos que se han incluido medidas conducentes a ello como la *publicidad* de la licitación y adjudicación, la regulación de las *causas de la prohibición de contratar* y

¹⁵ “La justicia ante el fenómeno de la corrupción”, *Claves de razón práctica*, nº 56, p. 40.

¹⁶ “Su alcune ragioni istituzionali della corruzione”, *L'economia della corruzione*, Laterza, Bari, pp. 26-27. Citado en la obra *Cientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, de MARIO CACIAGLI, Centro de Estudios Constitucionales, nº 60, Cuadernos y Debates.

¹⁷ Valga como ilustración el Informe de evaluación de la gestión del gobierno de CIU en Catalunya, elaborado a iniciativa del actual Gobierno. En el apartado referente al proceso de externalización y adjudicación de los servicios informáticos de la Generalitat a favor de la sociedad T-SYSTEMS se dice lo siguiente: “T-SYSTEMS va a subcontratar para los proyectos AOC (Administració oberta de Catalunya) un total de 56 millones de euros (71% del coste total del proyecto), hecho que pone de manifiesto que el contrato de T-SYSTEMS ha sido una forma de encargar parte de estos proyectos a las empresas que se deseaba, eludiendo la tramitación de los correspondientes concursos y vulnerando de manera evidente los principios de publicidad y concurrencia”.

de suspensión de la clasificación y el registro de contratos y, en efecto, hay constancia formal en la Ley del desarrollo de estas medidas.

La denuncia del llamado “3%”, hecha en sede parlamentaria por el Presidente de la Generalitat, ha sido una oportunidad histórica para afrontar el problema de la corrupción que subyace en todo sistema democrático. Es de sobra sabido que el “3%” hace referencia al pago ilícito por los particulares a la Administración de una comisión que representa un porcentaje sobre el precio fijado en los contratos administrativos. Comisión que se abona como condición para obtener la adjudicación, en perjuicio de los competidores o como forma oculta de beneficiar al partido político que controla esa esfera de la Administración. Comisión que encarece injustificadamente la obra o servicio contratada

Pero, es oportuno recordar aquí que precisamente la Sentencia de 24 de julio de 1997 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, haciendo suyo un texto de García de Enterría argumenta, como uno de los fundamentos para absolver a Cañellas del delito de prevaricación de que era acusado por el Ministerio Fiscal, el reconocimiento a la Administración en la Ley de Contratos del Estado de «un ámbito de apreciación bastante extenso» en la adjudicación de obras.

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

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

La contratación pública es un ámbito donde, en efecto, las Autoridades y funcionarios pueden patrimonializar el poder público en beneficio propio o de terceros, en cuanto favorezcan arbitrariamente, en perjuicio de otros, a determinadas personas o empresas que han abonado comisiones evidentemente ilegales. Los ejemplos son numerosos. Pero basta una referencia que procede de un organismo tan solvente como Transparencia Internacional. En el Informe ya citado, alerta que la construcción es el sector donde se produce mayor corrupción, llegando a alcanzar anualmente “alrededor de 3,200 trillones de dólares” citando seis supuestos, entre los que se encuentra

la construcción de una planta incineradora de residuos en Colonia (Alemania) donde se pagaron en concepto de sobornos 13 millones de dólares. Para afrontar esta realidad, que castiga más duramente a los países no desarrollados, reclaman “procesos de compras abiertos y competitivos”, la introducción de “proyectos efectivos anticorrupción en todos los procesos” de contratación administrativa, fijando unos estándares mínimos sobre contratación pública, algunos de los cuales deberían incorporarse inmediatamente a nuestro ordenamiento.

Dentro de la actividad económica de la Administración, la gestión del urbanismo se sitúa como “piedra angular cuando se debate sobre la corrupción”¹⁸. La protección del territorio y la defensa del urbanismo genera una actividad pública decisoria sobre la calificación o el uso del suelo que constituye una indudable fuente de poder de grandes efectos económicos. Es particularmente significativo que en este ámbito la corrupción aparece especialmente vinculada a formas de delincuencia organizada como se desprende del estudio a que ya se ha hecho referencia sobre esta forma de delincuencia en la Costa del Sol: “La construcción puede general beneficios enormes especialmente en zonas turísticas donde existen fuertes presiones sobre los políticos para cambiar la clasificación del suelo, enajenar suelo público u otorgar licencias de obra. Las empresas constructoras constituyen fáciles tapaderas para aparentes empresarios y resulta sencillo contratar inmigrantes ilegales para evitar el pago de impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social, estas prácticas permiten a dichas empresas presentar ofertas muy reducidas debido al bajo coste de la mano de obra a su vez, la contratación de inmigrantes ilegales estimula el tráfico ilegal de personas y la falsificación de documentos. Por lo demás, las empresas concursantes pueden llegar a ofrecer favores personales o pagos directos a los funcionarios a cambio de decisiones favorables, sin excluir las prácticas violentas.”

Ante esta realidad los autores del estudio reclaman como instrumentos para reducir esas formas de delincuencia, información ciudadana, mayor transparencia en los procedimientos administrativos y ciertas reformas legales tendientes a garantizar un mayor control sobre decisiones de tanta importancia.

V. EL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Las más importantes de las normas con esta finalidad son las que regulan el régimen de incompatibilidades, particularmente, de Altos Cargos y funcionarios y las que contemplan otros deberes, como las declaraciones de actividades y bienes y el deber de abstención.

¹⁸ El marco jurídico de la corrupción. A. Sabán Godoy. Cuadernos Civitas Pág. 38.

Sin duda, la legislación de incompatibilidades es la mayor garantía frente a lo que la doctrina moderna denomina, como fuente de corrupción, el conflicto de intereses.

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

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

Sin embargo, el planteamiento legal presenta serias deficiencias.

En la Ley sobre Altos Cargos —que alcanza esencialmente a los que se cubren por libre designación del Consejo de Ministros incluyendo a los de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado— el principio es el de “dedicación absoluta” con las excepciones fijadas respecto de la actividad privada en el artículo 4 de la Ley.

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

Norma complementada por la del artículo 5.1 de dicha Ley que fija la obligación de declarar, con motivo del acceso al cargo público, “las actividades que desempeñen por sí o mediante sustitución o apoderamiento” con anterioridad, obligación que tiene como finalidad “el control, en su caso, de posibles desviaciones en su actuación a favor de personas relacionadas con ellas”¹⁹.

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

Ateniéndonos a la literalidad del precepto, no genera incompatibilidad alguna tener en dicha empresa un interés tan directo como el derivado de la participación accionarial propia o a través de los familiares y, por qué no, a través de personas interpuestas. Pero lo que es más importante es que como ya decía D. Niceto Alcalá-Zamora, en sus Memorias, quien abandona una actividad profesional para acceder a un Alto Cargo en la Administración o una empresa pública, deja la puerta, más que cerrada, “entornada”,

¹⁹ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La ética en la Administración Pública*, Cuadernos Civitas.

circunstancia que puede generar prácticas corruptas, en la medida en que mantenga vínculos a través de otras personas con su anterior actividad privada. Ello sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del tipo penal de las negociaciones prohibidas del artículo 441 del Código Penal.

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

Si insuficiente es el régimen de quien pasa de la actividad privada a la pública, más lo es el de quienes abandonan la Administración para ejercer la actividad privada, particularmente cuando se trata de actividades que hayan sido beneficiadas por el Alto Cargo o funcionario con subvenciones, ventajas fiscales, créditos oficiales o contratos públicos, inspecciones más o menos benévolas, etc. Dice A. Sabán²⁰ que “lo más contradictorio del sistema de incompatibilidades es el desconocimiento de la incompatibilidad por excelencia”, con referencia a la regulación de la excedencia voluntaria. Si para el Alto Cargo se contempla una leve limitación —durante los dos años siguientes al cese no podrá realizar actividades privadas relacionadas con expedientes en los que haya dictado resolución— para los funcionarios, sobre todo para los funcionarios cualificados como Jueces, Fiscales, Inspectores de Hacienda, etc., no hay previsión alguna. En todo caso, es un vacío normativo grave. ¿Cómo puede sancionarse a quien, fuera de la función pública, favorece intercambios irregulares entre la Administración y los despachos y empresas a los que sirve?

Otro conjunto de normas, también dificultan la persecución de las conductas de corrupción, sobre todo si son delictivas. En primer lugar, porque permiten, cuando no favorecen, la confluencia de intereses contradictorios o bien porque no permite imputar adecuadamente responsabilidades a los distintos titulares de los órganos de la Administración, al estar insuficientemente delimitada la competencia de los mismos. Asimismo, porque el incumplimiento de normas procedimentales, de registro o de documentación impide comprobar la actuación que, en su caso, pudiera haber sido delictiva.

Con relación al primero de estos temas, llama la atención el tolerante régimen de incompatibilidades de los Alcaldes y Concejales, en relación con el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/84) y con el ya insuficiente régimen de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (Ley 12/95). Es preciso realizar una matización antes de continuar. De todo el grupo de supuestos que puede dar lugar a incompatibilidad o cuestiones de lealtad para el desempeño de un cargo público, aquí sólo se tratan los que provengan

²⁰ A. SABÁN, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas.

de la realización de actividades privadas, en la medida en que el ejercicio de éstas suponga en el cargo público una pugna con los intereses del servicio público que pueda comprometer su imparcialidad e independencia en el desempeño de dicho cargo.

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

Parece lógico que este régimen de incompatibilidades contara con un precepto de cabecera de carácter general, similar al establecido para los funcionarios en el artículo 11 de la Ley 53/84, en el sentido de que el puesto de Concejal fuera incompatible con el ejercicio, por sí o mediante sustitución, de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares *que se relacionen directamente con las que desarrolle la Corporación Municipal*.

En todo caso, no es en modo alguno aceptable que la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, que quizás sea la competencia más importante de los Municipios, no genere ningún tipo de incompatibilidad para los Concejales y Alcaldes, máxime si a ello le añadimos los valores económicos tan elevados que mueve la actividad inmobiliaria y el alto grado de discrecionalidad de la actuación administrativa en materia de urbanismo.

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

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

La norma más significativa es la contenida en la Ley 12/95. Comprende el deber de efectuar declaración de actividades a que ya se ha hecho referencia y "de aquellas que vayan a realizar una vez que hubiesen cesado en el desempeño de los cargos". Complementada por el R.D. 1410/95 de 4 agosto,

sobre Registros de actividades y de Bienes y derechos patrimoniales de los altos cargos.

Asimismo se regula el deber de los Altos Cargos de declarar sus bienes, derechos y obligaciones, al inicio y cese de su mandato y anualmente. Presenta una doble insuficiencia. Primera, que la declaración patrimonial del cónyuge es voluntaria, lo que puede determinar zonas oscuras de información relevante, cuando es tan frecuente que el cónyuge sea utilizado como testafarro para ocultar la titularidad real de los bienes. Y, segunda, que el registro sea "reservado", excluyéndose a los ciudadanos del derecho a acceder al Registro de Bienes y Derechos patrimoniales en que se refleja aquella declaración, limitación contradictoria con el derecho que se proclama en el artículo 35.h) de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, en desarrollo del artículo 105.b) de la Constitución. En estos casos, la publicidad estaría justificada para así garantizar mejor la integridad de las Instituciones. El derecho a la intimidad de quien ocupa puestos tan relevantes en la Administración no puede ni debe amparar la ocultación de dichos datos, que resultan indispensables para la verificación de su probidad y honradez. No estaríamos ante un supuesto de "injerencia ilegítima"²¹.

Ciertamente en el Informe previo a la referida Orden sobre el Código de Buen Gobierno se contemplaban previsiones muy avanzadas que finalmente no se han aprobado. Así, se decía que en el marco de la "actualización del Régimen de incompatibilidades", dichos Registros tendrían "carácter público",

²¹ En los pasados meses, diversos medios publicaron la noticia de que dieciséis altos cargos del PP habían incumplido la Ley de Incompatibilidades y no habían hecho la preceptiva declaración de bienes y actividades. Unos, no la hicieron al ocupar el cargo, otros, durante el período de permanencia en el mismo y otros al cesar. Los hechos son graves. Ese deber es una de las formas de velar por la transparencia de la Administración, que exige rendir cuentas para, así, detectar posibles enriquecimientos ilícitos. El Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción (9.12.2003) establece, como norma esencial para los cargos públicos, que declaren cuanto se refiera a "actividades externas", como "empleos, inversiones, activos y regalos y beneficios importantes".

Es una exigencia razonable si se quiere prevenir el conflicto de intereses y, en definitiva, la corrupción. Es indispensable conocer la actividad desarrollada, sobre todo en el ámbito empresarial, y los bienes muebles e inmuebles de que se dispone cuando alguien accede a la función pública y también cuando cesa en ella. Sencillamente, para saber si cuando se toman ciertas decisiones políticas y administrativas está favoreciéndose a intereses particulares, ajenos o contrarios al interés público. El problema es de extrema gravedad dado que, como ya se ha dicho, según el Tribunal de Cuentas, el 90% de los donativos que reciben los partidos son anónimos por lo que se desconoce quien es el donante y la relación que pudiera mantener con los políticos favorecidos y con la Administración. Pues bien, la opacidad que preside la financiación de los partidos políticos se extiende a la declaración de actividades. La consecuencia es que se desconoce, a causa de la reserva legal, quiénes son los dieciséis altos cargos del PP que han incumplido sus obligaciones legales. Pero es particularmente grave cuando el PP, en el ejercicio 2001, percibió, en concepto de financiación anónima 2.521.353,42 euros. Cabe preguntarse si ha habido relación entre esa financiación y los dieciséis altos cargos del PP que han ocultado a la Administración datos tan relevantes.

que el contenido de las citadas declaraciones de bienes y actividades se publicarían en el BOE y que los bienes que los altos cargos se administrarían en un fondo "ciego" sin conocimiento de los interesados. Pero, como hemos visto, finalmente no se ha avanzado en esa dirección desaprovechándose una ocasión histórica para dar un giro en una materia tan importante como el control sobre la probidad y la honradez de los altos cargos.

Las leyes han previsto otras garantías como la prohibición respecto de los Altos Cargos de participar por encima del 10% del capital en la propiedad de sociedades civiles o mercantiles, siempre que mantengan una relación contractual con el sector público y, en el caso de los funcionarios, la prohibición ya mencionada, además de la de pertenecer a la Administración o desempeñar cualquier otro cargo en sociedades o empresas que estén directamente relacionadas con el Departamento en el que el funcionario desempeña sus funciones (así resulta del artículo 2.2 de la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos y del artículo 12.1 de la Ley de Incompatibilidades de los Funcionarios).

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

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

Por otra parte, tampoco están establecidos rigurosos controles para evitar cualquier forma de enriquecimiento ilícito de los gobernantes durante su mandato. Sin embargo, en esta materia los ordenamientos nacionales tendrán que avanzar tras la aprobación de la Convención de NNUU que tipifica como delito dicha conducta, exactamente, "el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él"

Todo el análisis anterior debe conducir a una conclusión. La corrupción es incompatible con la democracia y, por tanto, aquella hiere gravemente a los propios fundamentos del sistema. En la obra *Democracia y Corrupción en Europa*, de Mény y Della Porta, se afirma: «la corrupción pone en peligro los valores mismos del sistema: la democracia es herida en el corazón; la corrupción sustituye el interés público por el privado, mina los fundamentos del Estado de Derecho, niega los principios de igualdad y de transparencia favoreciendo el acceso privilegiado y secreto de ciertos agentes a los recursos públicos».

Y, ciertamente, así es. La respuesta no corresponde solamente al aparato represivo del Estado, con ser muy importante, pese a las notorias limitaciones

que padece; es decisivo, para prevenirla y detectarla el funcionamiento efectivo de los controles internos de la Administración. Pero todo ello no será suficiente si no se abre camino una nueva cultura política que, además de estar regida por una moral pública y cívica renovada, esté orientada como plantea el Preámbulo de la Constitución hacia una democracia avanzada, es decir, que avance hacia un orden económico y social justo, en el que políticos y funcionarios lejos de patrimonializar el poder, actúen exclusivamente al servicio de los ciudadanos.

En definitiva, una recuperación del valor de lo público y del valor del Estado por encima de la exaltación de lo privado y del beneficio económico.

RESUMEN:

La corrupción de los servidores públicos en el ejercicio de su función constituye un problema preocupante a nivel internacional. De ello es reflejo que instituciones tales como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea se hayan ocupado de elaborar textos dirigidos a combatirla. La vía penal resulta insuficiente para luchar contra las desviaciones ilícitas del poder. Por otra parte, los códigos de conducta, típicos de los sistemas anglo-americanos, no han logrado buenos resultados en países como España. La sujeción de la financiación de los partidos políticos, y de la circulación del dinero en torno a ellos, a un control estricto, así como el establecimiento de un sistema de incompatibilidades de los altos cargos públicos, resultan piezas imprescindibles para luchar eficazmente contra la corrupción. De ahí la necesidad de adaptar la Ley Española de Financiación de los Partidos Políticos a las Recomendaciones emitidas por el Consejo de Europa. Para prevenir y detectar las desviaciones de poder resulta necesario establecer mecanismos de control interno de la administración y, a la vez, generar una nueva cultura política basada en la idea de "democracia avanzada" que proclama el Preámbulo de la Constitución Española.

Palabras clave: *Funcionario público - Corrupción - Financiación de partidos políticos - Incompatibilidades de los altos cargos - Control interno de la administración.*

ABSTRACT:

Corruption among civil servants in the exercise of their functions constitutes a worrying problem at an international level, reflected by the fact that several international institutions such as the United Nations, the Council of Europe and the European Union have written documents in order to fight it. The criminal proceedings against corruption are not sufficient to fight against the illegal deviation of public power. The codes of conduct, traditional in the Anglo-American systems, have not obtained good results in countries like Spain. A strict control of the financing of the political parties and the circulation of money around them, as well as the incompatibilities established in the high spheres of the administration are essential to fight effectively against corruption. That is the reason why the Spanish law on the financing of the political parties (Ley Española de Financiación de los Partidos Políticos) must be adapted to the Recommendations of the Council of Europe. In order to prevent and to detect the deviations of power, it is necessary to establish internal mechanisms of control in the administration and, simultaneously, to generate a new political culture based on the idea of an "advanced democracy" as proclaimed in the Preamble of the Spanish Constitution.

Key words: *Civil servants - Corruption - Financing of political parties - Incompatibilities of high posts of the administration - Internal Mechanisms of Control in the Administration.*