

**ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: RELACIONES PERSONALES
DEL FUNCIONARIO PÚBLICO (*)**

**por
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ**

INDICE

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y SUS RELACIONES.- 1. La corrupción y sus actores. 2. El servidor público. 3. Relaciones del funcionario con otros sujetos.
- III. RELACIONES CON LAS AUTORIDADES.- 1. Los órganos decidores de las actuaciones públicas. 2. La objetividad. 3. La imparcialidad. 4. La obediencia. a) El deber de obediencia. b) Los límites del deber de obediencia. c) La decisión del funcionario. d) La objeción de conciencia.
- IV. RELACIONES CON OTROS FUNCIONARIOS.- 1. El principio de cooperación y colaboración. 2. La atención y respeto.
- V. RELACIONES CON LOS ADMINISTRADOS.- 1. El administrado. 2. El principio de igualdad. 3. El respeto a los derechos fundamentales. 4. La buena fe.
- VI. CONCLUSIÓN.

(*) Se usan las abreviaturas siguientes:

CE = Constitución Española.

CP = Código Penal.

LRJPA= Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

RPA = Revista de Administración Pública.

STC = Sentencia del Tribunal Constitucional.

TC = Tribunal Constitucional.

UNAM= Universidad Nacional Autónoma de Méjico.

I

INTRODUCCIÓN

Los retos de la corrupción a la sociedad y a los Estados constituyen una de las graves cuestiones que se plantean al Derecho público. Así lo destaca Sonia Picado, siendo Presidente del Instituto Iberoamericano de Derechos humanos (1).

Es indudable que la corrupción no es un fenómeno de hoy. SÉNECA escribió hace muchos siglos que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos (2). Y el tan divulgado “Informe Nolan”, elaborado en el Reino Unido por un “Comité sobre las normas de conducta en la vida pública” –elevado al Parlamento en 1995-, del que existen al menos dos traducciones españolas por organismos oficiales –el Instituto Nacional de Administración pública y el Instituto Vasco de Administración pública-, ambas bastante deficientes, lo refleja muy gráficamente: “La debilidad humana –afirmaba- estará siempre presente entre nosotros; siempre pueden cometerse errores, y el corrupto buscará nuevas vías para jugar con el sistema”.

Sin embargo, aunque el fenómeno es tan viejo como el hombre mismo, lo cierto es que ha sido en el último cuarto del siglo XX cuando se ha producido una preocupación sobre él, en ciertos sectores. Tanto en la esfera pública como en la privada. Porque la corrupción está estrechamente vinculada al poder, a todo poder, al político y al económico, entre los que existe una íntima relación. La corrupción –ha dicho Alejandro Nieto- es como la sombra al cuerpo (3). Pero ha sido, como digo, en el último cuarto del siglo cuando ha constituido tema central. Se han multiplicado las normas de muy distinto rango –estatales, supraestatales y locales-; las recomendaciones y los códigos deontológico; los congresos, conferencias, foros y reuniones, y las obras de denuncia, propuestas de medidas para remediar la situación... Desde que me hicisteis la amable invitación para asistir a estas Jornadas, al intentar ponerme al día, me sorprendió la cantidad de obras generales, monografías y artículos de revista aparecidos los últimos meses. Por cierto, en uno de los libros aparecidos en 2007, en la portada figuraba simplemente como autor ZAPATERO, como título La corrupción, y la Editorial, Coyoacán (México). Pero no se trataba de un libro en el que el Presidente del Gobierno hablase de corrupción, ni de obra de ningún mejicano. Sino de la publicación de una serie de conferencias que había dirigido VIRGILIO ZAPATERO en la Universidad de Alcalá de Henares, en el que

se trataban diversos temas, entre ellos, uno de LASCANO, dedicada a Funcionarios públicos corruptos, empresarios corruptores y Derecho penal (pp. 87 y ss.).

Naturalmente, dada la extensión y complejidad del tema, para aportar algo que pueda ofrecer cierta utilidad, es imprescindible concretarse a alguno de sus aspectos. Yo me he permitido limitar mi intervención a comentar las exigencias de la ética a uno de los sujetos de la función pública en sus relaciones con otros sujetos, en definitiva: a la conducta del funcionario público en relación con las autoridades de que depende, con otros funcionarios y con el administrado.

No es la primera vez que me ocupo de la Ética en la función pública. En 2004 fui invitado por el Ministerio de Obras públicas de Costa Rica para pronunciar la conferencia inaugural de unas Jornadas sobre Ética pública. En aquella ocasión me enfrenté con el tema en general, si bien referido a un proyecto de Reglamento de Ética y Normas de conducta, teniendo en cuenta el texto de una Ley sobre corrupción y el enriquecimiento de los funcionarios, que fue desarrollada después por un Reglamento de 12 de abril de 2005, para el que sirvió de base el proyecto que yo había comentado.

Entre nosotros hoy el tema ofrece cierta actualidad. Porque hace menos de un año, el 12 de abril de 2007, se aprobó la Ley número 7 del mismo año, que contiene el Estatuto del empleado público. Es una Ley básica, y dedica un capítulo a los deberes de los empleados públicos que titula “Código de conducta”. Y, con el estilo grandilocuente que se utiliza actualmente en nuestras leyes, tanto estatales como autonómicas, en la Exposición de Motivos, dice:

“Por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no solo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio. Éste, el servicio público, se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica “cultura” de lo público que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer”.

¡Como si hubieran descubierto el Mediterráneo al elaborar los tres artículos –esto sí, dos muy extensos- de que consta el capítulo! El artículo 53 enumera en 12 apartados los

“principios éticos”, y el 54, en 10 apartados, los “principios de conducta”. De ellos partiré para ocuparme de las normas que aluden al tema concreto que voy a desarrollar.

Pero, previamente, unas consideraciones generales sobre la corrupción y sus causas.

Si parece no existir duda sobre el diagnóstico de la situación ni sobre la necesidad de una reacción, las diferencias aparecen a la hora de determinar las causas y, consiguientemente, las medidas en que ha de concretarse la lucha.

Una de las que figuran en lugar muy destacado ha sido la que se ha llamado “colonización del Estado y la sociedad por los partidos políticos”, en expresión de VON BEYME, situación que resume así GARCÍA DE ENTERRÍA: “La financiación de los partidos políticos y de sus campañas electorales, está, frecuentemente, en los orígenes del surgimiento de prácticas corruptas, las cuales se extienden inmediatamente por sí mismas hacia posiciones individuales. No obstante la reacción social, estas prácticas corruptas (algunas de las cuales, como en el tercer mundo y en más de un país latinoamericano, han llegado a producir la ruina, sin paliativos, de las respectivas economías nacionales), los politólogos y analistas sociales, lejos de prever su control y paulatina desaparición, hablan de que “la corrupción se incrementará en el futuro”, facilitada por la mundialización de la economía y el desarrollo tecnológico” (4).

Pero somos muchos los que creemos que la corrupción de hoy no es sino una de las manifestaciones de la degradación de los valores morales. Que estamos viviendo unos momentos “en que las sociedades occidentales se ven zarandeadas por una interna y externa crisis de valores” en que “toda una civilización, falta de vigor moral, amenaza con derrumbarse” y en que “incluso los que reclaman la vuelta a raíces éticas, una gran parte se halla atrapada en las movedizas arenas de una ética subjetivista y relativista” (5). Si hoy vivimos en Occidente “una crisis de valores morales es porque, en el fondo, vivimos una crisis de los valores que el cristianismo representa” y “esta crisis enlaza directamente con el sentimiento de obligatoriedad en nuestra sociedad y paralelamente, la inflación de la actividad reivindicatoria”, y “dicho de otra forma, la crisis actual repercute positivamente a favor de los derechos y negativamente a favor de los deberes” (6). “En una sociedad que valora por encima de todo la productividad y la eficacia, la riqueza material y el individualismo posesivo –dice María FERIA- no es de extrañar que los valores morales no encuentren sitio ni aplicación en las formas de vida que estamos construyendo” (7).

Fernando SAINZ MORENO es de los que no comparten la idea de imputar la situación a la quiebra de los valores éticos. Dice que “la conciencia de cada uno sigue siendo el criterio esencial de toda ética; ese conocimiento que cada uno de nosotros tiene del bien y del mal y que ninguna regla exterior puede hacer callar (*in interiore homine habitat veritas*)” (8).

Cierto. Ninguna regla exterior puede hacer callar nuestra conciencia. Pero en la formación de esa conciencia, desde la niñez, han influido factores muy diversos, desde la intimidad familiar, que han contribuido a fortalecer o a debilitar esa ley eterna que, según San Agustín, Dios grabó en cada uno de nuestros corazones y que para muchos es el Derecho natural, que tanto tiene que ver con el sentido común y con la naturaleza de las cosas, Ley eterna que estaba reflejada en unos valores éticos admitidos inequívocamente. Y estos valores son los que no tienen sitio en una sociedad dominada por el materialismo, la productividad y el hedonismo.

Esto lo ha venido a reconocer el propio Lord Nolan, el Presidente de la Comisión que en el Reino Unido elaboró el célebre informe, del que tanto se ha hablado estos años. En unas Jornadas sobre Ética Pública que organizó el Instituto Nacional de Administración Pública en Madrid los días 15 y 16 de abril de 1997, fue invitado a pronunciar la lección inaugural. En aquella conferencia, al destacar los profundos cambios experimentados en los últimos años en los servicios públicos y en la sociedad, constataba –cito literalmente–: “Hubo una época, no hace mucho, en la que cada país contaba con sus propias e inequívocas tradiciones morales y éticas. Hoy, la vida es incierta. En todos los países, los medios de comunicación modernos abren la puerta a normas éticas diferentes y a veces conflictivas. La influencia ejercida por el hogar, la Iglesia y la escuela es menos intensa, mientras que la influencia de los medios de comunicación es mayor que nunca. Cine, televisión, revistas y periódicos muestran al público normas éticas que son buenas o malas o, a veces, simplemente amorales. Por ello, no es de extrañar que las organizaciones (públicas o privadas) no puedan dar por sentado que la nueva persona que ingresa en ellas, ya sea un directivo o un empleado en prácticas, un diputado o un auxiliar administrativo, conozca y comprenda el comportamiento ético que se espera de la misma sin que se lo haga saber” (9). Repito: no se puede dar por sentado “el comportamiento ético que se espera de él”.

Ante esta situación, partiendo de los siete famosos principios del Informe que lleva su nombre, Lord Nolan proponía que, al margen de las posibles normas legales, se siguieran las siguientes vías:

-Que todo organismo establezca su código de conductas, claras y precisas, que hay que hacer cumplir.

En una palabra, como han desaparecido unos valores éticos vigentes en general en cada país, hay que reinventarlos. En definitiva, los Códigos éticos son las nuevas normas éticas, y como ya no existen valores universales ni nacionales, lo que se propone son Códigos de conducta de cada organización, Códigos que deben “constituir la expresión escrita de un ethos que forme parte de la cultura corporativa de la organización”. Normas que todos deben respetar; que deben hacerse cumplir.

-Que se refuerce la formación ética de los funcionarios.

No basta con establecer normas de conducta claras y su difusión, a fin de que sean conocidas y se hagan cumplir. Es necesaria la formación.

Volvemos a lo mismo. Ante la falta de formación –o deformación- ética del que accede a la función pública, hay que suplirla, haciendo pasar al aspirante por una “catequesis” laica inicial, que habrá de continuar ulteriormente, con la asistencia periódica a una especie de “ejercicios espirituales” también laicos.

-Implantación de órganos de control externo.

Y el tercer requerimiento que hacia Lord Nolan para que se realizaran los famosos “siete principios de la vida pública” del Informe que lleva su nombre era la sujeción a un análisis externo, que siga su cumplimiento.

Requerimiento éste que sí ha sabido atenderse en los distintos países, creándose Comités o Comisiones Nacionales de Ética Pública, investidos de más o menos potestades e integrados por miembros de diversa procedencia, con el consiguiente incremento de cargos y de los gastos públicos. Otra cosa es la eficacia de estos órganos.

Al enfrentarnos con el aspecto concreto del tema, se trata, en definitiva, de recordar elementales principios o exigencias éticas más o menos olvidadas, la mayoría de las que se han proyectado en normas y, en consecuencia, en deberes legales de ineludible cumplimiento. En buena parte, no estamos ante deberes específicos de determinados sujetos. Porque no es del todo exacto que la Ética pública se circunscriba a la conducta de los agentes públicos (10), ya que se refiere al hombre como ciudadano en el ámbito público, no es otra cosa que una concreción en este campo de las objetivas, permanentes y universales normas éticas (11).

Hechas estas precisiones, pasemos al tema.

II

EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y SUS RELACIONES1. La corrupción y sus actores.

El fenómeno de la corrupción consiste, por lo general, en que una persona paga y otra cobra, uno que realiza una prestación y otro que recibe un beneficio, personal o para otro – normalmente partido político-. Las modalidades que adopta son infinitas, como nos muestra la realidad española.

Alejandro Nieto, el autor de la que constituye la mejor monografía sobre la corrupción (12), nos ofrece un perfecto cuadro de los posibles actores de la corrupción. Distingue entre ejecutores –corruptores, que corrompen-, solicitadores –extorsionistas y extorsionados-, conseguidotes e intermediarios; mandatarios, comisionistas, recaudadores y fiduciarios, beneficiados, perjudicados y escarmentados (13). Y, al referirse a la organización, dice: negociación directa o con intermediarios; tramas triangulares para la liquidación de sobornos; borradores de huellas y tramas orgánicas. En esto último –termina-, algunos partidos han sido maestros de organización.

2. El servidor público.

De esos sujetos voy a limitarme a tratar de uno de ellos, de aquel que desde un punto de vista público utiliza las potestades públicas para intereses particulares. Y, dentro de ellos, al funcionario. Todos son, desde la más alta jerarquía, aunque se olvida, servidores. Por lo general, serán los que están más arriba, los políticos, las autoridades, los principales actores del fenómeno. Pues son los que tienen poder decisorio. Pero también pueden jugar un papel relevante los funcionarios, aquellos que, sin tener tal poder, intervienen en los procedimientos. En primer lugar, porque no es posible consumir la actuación sin su colaboración, y, además, porque la prestación –consista en acción u omisión- puede realizarse al margen de la decisión. Pocos días faltan en que los medios de información no publiquen alguna noticia sobre un nuevo escándalo motivado por el trato de favor dispensado en la tramitación de determinados procedimientos por funcionarios. En esto el ámbito urbanístico es el más fecundo. No hace mucho, ha sido noticia diaria el caso de irregularidades en la tramitación de licencias en el Ayuntamiento de Madrid a lo largo de los últimos años, sin que se reaccionara.

Cuando, en ocasiones anteriores, he destacado las exigencias de la ética respecto de los servidores públicos, he distinguido entre las que se refieren a los sujetos, al objeto y la actividad en sí misma considerada. Y dentro de las que se refieren a su conducta personal – como observar una conducta de máximo decoro-, que figura en la enumeración de deberes que establece el art. 80 de la Ley de funcionarios civiles del Estado-, y de “ejemplaridad, austeridad y honradez –que establece el artículo 52 del Estatuto básico del empleado público- las que se refieren a sus relaciones con otros sujetos (14).

3. Relaciones del funcionario con otros sujetos.

Si nos refiriéramos exclusivamente a la corrupción, deberíamos limitarnos a las relaciones con los otros posibles actores del fenómeno. Pero partiendo, como partimos, de que éste no es sino una proyección del más amplio de la crisis de los valores éticos elementales, vamos a tratar en general de las exigencias de la ética pública. Pues si se quiere de verdad regenerar la vida pública, es necesario recordar esos elementalísimos valores morales. Soy consciente de la dificultad –por no decir imposibilidad- de la tarea, de que de la degradante situación en que nos encontramos solo es posible salir por una profunda renovación de la sociedad que no está en la mano del hombre producir. Pero vale la pena intentar remediar, aunque sea mínimamente, el problema.

La ética impone al funcionario deberes en sus relaciones, principalmente, con sujetos que están dentro del ámbito público y con sujetos que están fuera.

Una norma general es la que formulaba el artículo 179 del Texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado. Decía así:

“Los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos, acatar sus órdenes con estricta disciplina, tratar con esmerada corrección al público y los funcionarios subordinados y facilitar a éstos el cumplimiento de sus obligaciones”.

Con el estilo propio de la época –tenemos en cuenta que es de 1966-, resumía bien estos deberes.

Y el artículo 53.3 del Estatuto básico del empleado público incluye entre los principios éticos ajustar su actuación a los principios de lealtad y buena fe “con sus superiores, compañeros y subordinados y con los ciudadanos”.

Entre las muchas normas –de distinto grado- que tratan de regular los deberes de los funcionarios, algunas se refieren a la conducta del funcionario en sus relaciones. Una de las

más completas son las contenidas en la Instrucción 3/2006, de 21 de abril, sobre observancia de normas deontológicas de la Abogacía del Estado en las funciones de asistencia jurídica de los Abogados del Estado. Me referiré con frecuencia a ellas, no solo porque las considero modélicas, sino porque, al referirse a asistencia jurídica, ofrecen interés para aquellas categorías de funcionarios que –como son buena parte de los que asistimos a estas Jornadas– realizan funciones de asistencia jurídica, pueden servir de referencia a la hora de examinar los deberes. Aunque se refieren específicamente a un determinado cuerpo de funcionarios, al no ser, como por lo general todas las deontológicas, sino una proyección de principios elementales, vienen a tener el valor de expresión de principios generales del Derecho, que, aunque no estuvieran recogidos en normas concretas, tendrán el valor inherente a ellos.

Al desarrollarlos, distinguiremos entre relaciones con las “autoridades” y los demás funcionarios, aparte del “público”.

III

RELACIONES CON LAS AUTORIDADES.

1. Los órganos decisores de las actuaciones públicas.

Los titulares de los órganos con competencia decisoria constituyen, como antes señalé, los principales agentes de las actividades corruptas. Si bien, por lo general no pueden consumir éstas sin contar con los funcionarios que tienen intervención en los procedimientos. De aquí que éstos pueden llegar a ser coautores, cómplices o encubridores, percibiendo o no una compensación por ello, ya que pueden estar movidos por fidelidad, agradecimiento o, simplemente, por compartir la ideología del superior y considerar justificado el beneficio. Conocí la Gerencia de urbanismo de un Ayuntamiento, en la que ni el político ni los funcionarios tenían la menor participación en la tasa –o mejor, “mordida”– que había que abonar para obtener unas licencias, que no solían infringir la ordenación. Todo iba para el partido a través de lo que se llamaba “donativo” que había que abonar a unas “monjitas”, que únicamente participaban mínimamente para sus fines, por supuesto, benéficos, pasando el resto al partido.

Los políticos tienen –¡no faltaba más!– sus normas de conducta. En todos los países. En España, el Consejo de Ministros aprobó el 18 de febrero de 2005 un “Código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos cargos de la Administración General del Estado”

(publicado en el BOE de 3 de marzo). El destino, naturalmente, ha sido el de todos los Códigos de buen gobierno que se han dictado, tanto en el ámbito público como en el empresarial.

Pero hoy no estamos tratando la Ética de los políticos (15). Sino de los deberes del funcionario en sus relaciones con ese sujeto de que depende. Al “deber de respeto” nada que comentar. Pero sí –y mucho- al de obediencia que contenía la regla general, relacionado con los de objetividad e imparcialidad.

Y es que, en todo caso, la conducta del funcionario, cualquiera que sea la función que realice, viene regida por los elementales principios que expongo a continuación.

2. La objetividad.

“La Administración pública –comienza el artículo 103.1, CE- sirve con objetividad los intereses generales”. Y el apartado termina: “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”. Los titulares de los distintos órganos, por tanto, han de servir, con objetividad, los intereses generales, con sometimiento a la Ley y al Derecho, fórmula que reitera el art. 3.1, LRJPA. Y el art. 53.2 del Estatuto básico del empleado público establece en primer lugar estos dos principios básicos:

1. Respetar “la Constitución y el resto de las normas que integran el Ordenamiento jurídico”.

2. “Perseguir la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentarán en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualquiera otro que puedan colisionar con este principio”.

Ahora bien, este deber de servir “con objetividad”, ¿obliga en la misma medida que al juez? La imparcialidad, inseparable a la función de juzgar, ¿obliga en la misma medida al ejercer una función administrativa? Federico de Castro recuerda lo que FEIJÓ (en Teatro crítico universal, 2ª ed., p. 89) decía a un juez: “Ya que no hay para ti paisanos, amigos ni parientes. Ya no más patria, ni carne, ni sangre. ¿Quiere decir que no has de ser hombre? No, por cierto; sino que la razón del hombre ha de vivir tan separada de la razón del juez que no tengan el más leve comercio las acciones de la judicatura con los efectos de la humanidad” (16).

Indudablemente, la función de juzgar es muy distinta de la de administrar. El juez ha de decidir teniendo en cuenta única y exclusivamente el Derecho, abstracción hecha de cualquier

otra consideración de oportunidad o conveniencia, aunque no lo crea así alguno de los “jueces” de hoy. El que administra sirve los “intereses generales”, está dentro de una organización administrativa en la que depende de otros superiores que interpretan y definen el interés general en que en cada caso se concreta ese “interés general”, y que este interés se contrapone a veces con los intereses particulares del administrado con el que a su vez se relaciona. Sirve a la Administración, que es –y puede llegar a ser formalmente en un proceso ulterior- la “otra parte”. Eso sí, “con sometimiento a la Ley”; pero sirviendo a los intereses generales.

Lo que exige el principio es –el texto no puede ser más terminante- el “sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

El Derecho no es, por tanto, un límite de la actividad administrativa. El Derecho no es para la Administración en la realización del interés general el límite dentro del que ha de desarrollarse, como lo es para el particular en la realización de sus intereses. La fórmula de la Constitución y de la LRJPA –que ya estaba implícita en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 y en la de procedimiento administrativo de 1958- responde a una concepción que había defendido la doctrina y que defendió entre nosotros Manuel Ballbé en la voz “Derecho administrativo” de la Nueva Enciclopedia Seix: el Derecho como determinante de la función administrativa (17).

En consecuencia, el servidor público, autoridad y funcionario, no pueden actuar contraviniendo el Ordenamiento jurídico.

El artículo 52 del Estatuto básico del empleado dice que tiene el deber de “velar por los intereses con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico” y actuar con arreglo a los principios de “objetividad, integridad, neutralidad... imparcialidad”, entre otros.

La Instrucción sobre la observancia de normas deontológicas de la Abogacía del Estado en las funciones de asistencia jurídica, sienta en el primero de los criterios de actuación que “actuará con libertad de criterio técnico en sus actuaciones consultoras y contenciosas”. Añade “dentro de la sujeción en todo caso a las instrucciones generales o particulares emanadas de la Abogacía o del Abogado del Estado-Jefe en el ejercicio de sus competencias, u otras que fueran de aplicación, en el marco del principio de unidad de doctrina”. Creo que este último inciso es de importancia capital para interpretar la norma. No queda coartada la “libertad de criterio técnico”, sino que se trata de garantizar la unidad de doctrina, evitando las discrepancias interpretativas, en las actuaciones de los Abogados del Estado. Como asimismo

se trata de mantener esta unidad en la aplicación de las normas deontológicas mediante consulta a la Abogacía General del Estado, según el número 4 de la disposición general segunda de la Instrucción. En esta libertad de criterio técnico se insiste al tratar de la función consultiva, y especialmente en la de asistencia jurídica precontenciosa. Dice así:

“En particular, en las actuaciones de asistencia jurídica precontenciosa, a los efectos de un posible procedimiento judicial, el Abogado del Estado valorará la viabilidad de la acción judicial pretendida o que se formula, pudiendo recoger los consejos o advertencias que se estimen necesarios para la mejor defensa de los intereses de la entidad, tales como propuesta de estrategias procesales, conveniencia de llegar a acuerdos o transacciones y otras análogas”.

Obviamente, esta libertad es en el criterio técnico, como hombre de Derecho, como jurista. La objetividad es en este aspecto plena, abstracción hecha de cualquier consideración política. El Abogado del Estado –y esto es ampliable a cualquier otro funcionario- es el que ha de decidir en cualquier actuación de asistencia jurídica lo que es conforme a la sujeción plena a la Ley y al Derecho. Naturalmente, a la hora de interpretar el Ordenamiento no puede prescindir de los principios generales que le informan, entre los que están los políticos.

3. La imparcialidad.

El Estatuto básico del empleado público incluye entre los principios éticos que su actuación “se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad” (artículo 53.2).

En los llamados procedimientos administrativos triangulares, en que la Administración aparece como superpuesta a administrados con intereses contrapuestos, la imparcialidad viene impuesta por otro elemental principio, el de igualdad; por lo que a ella se hará referencia en el lugar oportuno. Como también vendrá impuesta por el mismo principio en los procedimientos incoados de oficio en los que puedan resultar afectados, positiva o negativamente, una pluralidad determinada de sujetos.

Pero siempre, incluso en esos procedimientos, la imparcialidad del “administrador” nunca será la del juez, como antes se indicó. No solo en los procedimientos a que acabo de referirme, sino también en aquellos otros en que, aparentemente, solo aparecen dos sujetos con “intereses contrapuestos”, una Administración pública –interés general- y el administrado –interés particular-.

Porque en todos los casos, incluso en los que la Administración pública aparece como un sujeto supraordenado a dos partes con intereses contrapuestos, es defensora de un interés –

en que se concreta el “interés general”. Ha de decidir, por supuesto, con sumisión plena a la Ley y al Derecho; pero teniendo en cuenta el interés general. De ese “interés general” son intérpretes los superiores del funcionario.

Pues bien, al descender ya a los deberes del funcionario, la cuestión es en qué medida la imparcialidad modula el grado de los deberes de fidelidad hacia la Administración a que sirve, y, especialmente, en el deber de obediencia, a que me refiero a continuación.

Ya dejamos sentado que las relaciones entre un funcionario y la entidad a que sirve, no son ni pueden ser de la misma naturaleza que las que existen entre un empleado privado y la empresa en que trabaja; no puede ser lo mismo la relación de un abogado con su defendido que la del Abogado de la Administración pública a que pertenece.

Es cierto que el Abogado del particular no puede abogar o aconsejar en causa manifiestamente injusta o contra disposición literal de la Ley. Así suelen establecerlo las normas deontológicas, como el art. 31 de un modelo de Código profesional de la Abogacía iberoamericana que se aprobó en Mar de la Plata en 1984, que dejaba a salvo las causas penales (18).

Aunque la dependencia de los funcionarios públicos –con funciones de asistencia jurídica- sea más estrecha, al ser la jerarquía principio elemental de la organización administrativa, la sumisión plena a la Ley y al Derecho, sin atenuar las consecuencias de la relación jerárquica, les obliga a una posición de autonomía al adoptar cualquiera de los actos en que se concretan sus funciones, que, por lo general, como ya indiqué, no son decisorias.

Es ineludible tener en cuenta la naturaleza de estas funciones en el momento de determinar hasta dónde llega el deber de lealtad. Porque ésta puede llegar incluso a obligarle a mantener posiciones claramente contrarias a las que a lo largo de un procedimiento ha venido manteniendo el superior que tiene facultad de decisión.

Es evidente que en las funciones consultoras, la libertad del funcionario debe ser plena, debe actuar con imparcialidad, dictaminando en conciencia lo que considere conforme al Ordenamiento. Precisamente por ello es consustancial a los órganos consultivos. Están para eso. Para garantizar el acierto de la decisión, y si es consultiva en el aspecto jurídico, que es conforme a la Ley y al Derecho. El órgano decisor es muy dueño de seguir o no los dictámenes que obren en el expediente. Pero el funcionario que los emita ha de obrar según su criterio, a fin de evitar en lo posible una decisión contraria al Ordenamiento. Hacer un dictamen contrario a lo que se considera justo por atender sugerencias del superior o por halagarle en su vanidad,

constituye el más grave atentado, no ya a la imparcialidad, sino a la lealtad y fidelidad a los superiores. El peor servicio que puede hacer a la Administración y al propio político.

Cuando la función que le corresponde en un procedimiento no es propiamente consultiva, también debe actuarse con imparcialidad y con arreglo a Derecho. Pero existe un mayor margen para atender las sugerencias, criterios y consideraciones de orden político o de conveniencia, aunque se esté, si no infringiendo abiertamente el Derecho, sí bordeando sus límites y hasta rebasándolos.

En los procedimientos administrativos llega un momento en que, una vez instruidos, el funcionario correspondiente hace la propuesta de resolución. Teniendo en cuenta las actuaciones, especialmente los informes que pudieran haberse emitido, el funcionario redacta lo que considera que debe ser la resolución, cumpliendo todos los requisitos. Puede ocurrir que esa primera propuesta no sea la última, la definitiva, y tenga que pasar por otros funcionarios intermedios, que –si todo se desarrolla normalmente y no hay contrapropuestas- se limitan a dar su conformidad a la propuesta, hasta llegar a la autoridad o político de turno que tiene competencia decisoria. Hasta ese momento lo que allí se refleja es la opinión de funcionarios, que han actuado –o han debido actuar- cumpliendo lealmente sus deberes, con objetividad o imparcialidad. Si en lo que se propone –lo que suele ser general si no existen intereses bastardos- está de acuerdo el órgano decisor, se limita a firmar la conformidad con la propuesta, consignándose la fecha en que se produce, que será la que lleve la resolución, aunque su texto literal sea el de la propuesta redactada mucho antes.

Pero puede ocurrir que lo que el político piense no sea lo que resulta de unas actuaciones de instrucción llevadas a cabo con objetividad. Como también lo contrario: que hayan sido los redactores de las propuestas los que sirvan intereses bastardos, ya que la corrupción puede producirse a cualquier nivel, y que el órgano decisor se haya dado cuenta antes de firmar.

En estos supuestos, existe una práctica viciosa que está generalizada en nuestras Administraciones públicas. En lugar de apartarse y razonar la disconformidad con la propuesta y redactarse una nueva resolución, se llama al despacho al funcionario de turno y se le indica que haga una nueva propuesta, desapareciendo la que no es conforme con los deseos de la autoridad. Si lo correcto es la resolución que en definitiva se adopta, para el funcionario que infringió sus deberes será hasta un alivio ver que desaparece el rastro de su falta. Pero, ¿y en el caso contrario? Normalmente, también el funcionario acaba por acceder a redactar nueva

propuesta, después de un intento de mantener la propuesta que se cree justa, con más o menos energía.

Tanto en este como en otros aspectos se plantea el problema de los límites de la obediencia, a que me refiero a continuación.

4. La obediencia.

a) El deber de obediencia.

Los funcionarios, decía el texto articulado de la Ley de funcionarios del Estado de 1966, “deben respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos” y “acatar sus órdenes”. Y así suele reiterarse en las Leyes ulteriores, concretamente en el artículo 84.1 del Estatuto básico del empleado público sobre el que insisto más tarde.

Es en el cumplimiento de este deber cuando pueden plantearse al funcionario los problemas de conciencia más graves (19).

El texto del art. 179 de la Ley de funcionarios del Estado añadía “con estricta disciplina”, con lo que hasta parecía equiparar la relación jerárquica existente en cualquier funcionario a la que rige en el ámbito castrense, en que la dependencia de los superiores exige “prontitud en la obediencia y grande exactitud en el servicio” (art. 27 de las Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, Ley 85/1978, de 28 de diciembre) (20).

Aun sin la “estricta disciplina” ni la “prontitud”, la obediencia constituye un deber esencial para la buena marcha de toda Administración. Como lo es la jerarquía –de la que es una manifestación-, que constituye uno de los principios a que deben ajustar su actuación las Administraciones, según la Constitución (art. 103.1; art. 3.1, LRJPA). De aquí que “la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones del superior, salvo que constituyen infracción manifiesta del Ordenamiento”, constituya falta muy grave [art. 95.2.i), del Estatuto del empleado público, Ley 7/2007, de 12 de abril], y pueda llegar a constituir delito (art. 410.1, CP). Si bien si la falta no llega a ser grave y el delito solo se sanciona con pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Ahora bien, la obediencia no puede ser ciega ni indiscriminada. Ni siquiera en el ámbito militar, salvo en situaciones excepcionales de guerra. Existen límites. Para que llegue a constituir delito es necesario (art. 410.1, CP):

-Que se trate de negativa abierta a dar el debido cumplimiento a órdenes o decisiones.

-Que éstas hubieran sido dictadas en el ámbito de la respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales.

Y, aunque se den estas circunstancias, no incurrirá en responsabilidad la autoridad o funcionario por no dar cumplimiento a una medida que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general (art. 410.2, CP).

Tenemos aquí, por tanto, los límites que el Código Penal establece, y que eximirán también en su caso de responsabilidad administrativa.

Es discutible en qué medida los requisitos para ser delito se exigen también para incurrir en falta de desobediencia. ¿Hasta qué punto es necesario que exista “negativa abierta” o “incompetencia” o no revestir las “fórmulas legales” para que el funcionario no esté obligado a obedecer? Podrá en todo caso hacer ver estas circunstancias, pero ¿negarse a obedecer? Al menos en determinadas circunstancias parece que no. Aunque en un sentido en que no se habla de deberes, no creo que sea arriesgado sentar la conclusión contraria.

Pero sí son límites del deber de obediencia los que establece el número 2 del art. 410 de la Ley penal, y hasta alguno más.

b) Los límites del derecho de obediencia.

El artículo 54.1 del Estatuto básico del empleado público incluye entre los principios de conducta, éste: “Obedecerán las instrucciones y órdenes de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes”.

No se incurrirá en responsabilidad penal –ni administrativa- si la orden o decisión incumplida constituye una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

La infracción, por tanto, ha de ser manifiesta, clara y terminante, no solo de una Ley, sino de cualquier otra disposición general. Si una disposición general, cualquier que sea su rango –incluso un reglamento de inferior jerarquía-, constituye una infracción tan evidente, está justificada la desobediencia. Por un lado el ámbito de las normas es de aplicación muy estricta –forma de manifestarse la infracción-, y por otro muy amplio –rango de la disposición-.

Sin llegar a casos extremos como una orden para torturar a un detenido o lesionar flagrantemente los derechos fundamentales de un detenido, existen supuestos en que no ofrecerá dificultades la apreciación de si la orden o decisión del superior infringe la Ley.

Pero será muy normal que, dada la defectuosa disposición que supuestamente infringe el acto, ofrezca dificultades la delimitación. Incluso cuando están en juego la vida y valores fundamentales de la persona pueden plantearse al funcionario graves problemas de conciencia. Fernando Sainz Moreno se refiere a casos extremos, como cuando un policía recibe la orden de disparar a matar como última solución para salvar la vida de otra persona, o la orden a los maquinistas de un tren de circular por encima del cadáver para no interrumpir el tráfico (21).

c) La decisión del funcionario.

En esta encrucijada, ante una orden que el destinatario considera ilegal, el funcionario tiene necesariamente que decidir, cumpliéndola o desobedeciéndola. Problema, como dice Sainz Moreno, que se complica cuando, además de la legalidad, actúa la opinión pública, presente o futura, que introduce otras valoraciones (las circunstancias del momento, la ideología política), de modo que el funcionario sabe cómo será juzgado por sus amigos, familia, entorno social.

¿Hasta qué punto puede influir el tema en la posible reacción del superior? Incluso cuando el funcionario tenga seguridad plena de que la orden es manifiestamente contraria a una disposición y sepa que no va a incurrir en ningún tipo de responsabilidad, no solo penal, sino tampoco administrativa, el riesgo de enfrentarse con el superior de que depende, sobre todo cuando pueden entrar en juego discrepancias en las ideologías y creencias, es grande. Existen infinitas maneras de hacer imposible la vida del funcionario que se ha creído obligado a desobedecer. De la decisión puede hasta depender su carrera futura.

Nos decían en el Ejército –cuando se hacía el servicio militar- que existen momentos en la vida del soldado en que no hay otra opción que convertirse en héroe o en un cobarde. Hay momentos en que cualquier funcionario se encontrará en situaciones en que de su decisión puede depender, si no llegar a tan drásticos extremos, sí la tranquilidad de conciencia.

d) La objeción de conciencia.

Y queda una última cuestión: que la actuación a que viene obligado el funcionario esté dentro de la más estricta legalidad, que lo que se le ordena hacer no contraviene norma alguna, que está incluso de acuerdo con la Constitución. Por lo que desobedecerla supondría incurrir en

responsabilidad, con las muy graves consecuencias para su carrera funcional. Pero la actuación a que se le obliga pugna con sus creencias religiosas.

El conflicto entre el deber profesional y la conciencia lo hemos visto planteado en más de una ocasión en la aplicación de la Ley ampliando los supuestos de despenalización del aborto (sobre la que recayó la STC 3/1985, de 11 de abril), y no hace mucho, en sus términos más crudos, con motivo de la aplicación de la Ley 13/2005, de 1 de junio, sobre “matrimonios” entre personas del mismo sexo. En mi opinión, es una Ley inconstitucional, y, en todo caso, siempre podría acudir a la objeción de conciencia (22). Lo que diga el TC sobre qué es matrimonio según el artículo 32, CE, dependerá de cuáles sean los Magistrados que lo constituyan en el momento de la decisión. Y respecto de la objeción de conciencia ya se ha manifestado la Administración en sentido contrario, negando la posibilidad de desobedecer lo mandado. Por lo que parece que, al menos por ahora, el funcionario que profese una religión que rechace tal forma de matrimonio, no tiene otra opción que cumplir la norma o renunciar a seguir desempeñando sus funciones.

IV

RELACIONES CON OTROS FUNCIONARIOS

1. El principio de cooperación y colaboración.

El principio de cooperación y colaboración rige las actuaciones de las Administraciones públicas en sus relaciones. Y no solo entre las Administraciones (como dice el art. 3.2, LRJPA), sino entre los funcionarios de cada Administración. La noción de servicio público como entrega generosa al conjunto de la sociedad, obliga a todos los “servidores públicos” a una colaboración con superiores, inferiores y otros de igual rango, presidida por las ideas de lealtad y sinceridad, a fin de lograr una mejor y más eficaz prestación. Lo que supone superar el recelo, desconfianza y espíritu de emulación mal entendida que se traduce las más de las veces, no ya en una resistencia a una colaboración efectiva, sino en abierta obstaculización del trabajo de los demás.

El art. 53 del Estatuto básico del empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril) incluye entre los principios éticos el siguiente: “Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que preste sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos”.

2. La atención y respeto.

Ya la Ley de funcionarios civiles del Estado (texto articulado de 1966) les imponía “tratar con esmerada corrección al público y los funcionarios subordinados” (art. 179). Y hoy, el art. 54 del Estatuto básico del empleado público de 2007, los deberes de actuar con arreglo al principio de “accesibilidad” (art. 52), e incluye entre los “principios de conducta” tratar “con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos”.

V

RELACIONES CON LOS ADMINISTRADOS.

1. El administrado.

El administrado es esa persona que aparece al lado de o frente a la Administración pública. Es “ese público para el que existen, directa o indirectamente, los servicios públicos”, el que los sostiene con la participación en sus cargas y se beneficia de sus prestaciones.

El administrado, pues, es, o al menos debe ser, el centro del sistema. Sin embargo, no es así. Si cogéis cualquier libro, tratado o manual de Derecho administrativo, aún de la época dorada del liberalismo, podréis observar que el administrado no tiene derecho ni siquiera a un título, ni a un capítulo, ni a una sección. Todo lo más que se le dedica es un epígrafe o apartado como elemento de la relación jurídico-administrativa. Y si pasamos al terreno de las monografías, podremos asimismo comprobar que, frente a la copiosa bibliografía sobre otros temas, el del administrado, en sí mismo considerado, apenas si ha merecido la atención de la doctrina, no ya española –donde pueden encontrarse algunos trabajos muy logrados-, sino extranjera.

El hecho no puede ser más significativo. La Administración y sus prerrogativas ha absorbido lo mejor de nuestra producción. Es cierto que el administrado aparece en algún capítulo como recurrente, como usuario de los servicios, como expropiado, como contribuyente...; pero no en el puesto central que le corresponde.

Frente a este estado de cosas, siempre he mostrado mi predilección por la simpática figura que se conoce con el nombre humilde de “administrado”. Con sus virtudes y sus defectos. Con su inagotable paciencia y su tremendo afán de eludir obligaciones. Colaborando unas veces con la Administración y defraudándola siempre que puede.

Ya en el primero de los Cursos sobre los Problemas Políticos de la Vida Local, que se celebraron en Peñíscola, al estudiar la reforma administrativa, proclamé su necesidad en función de ese pobre y sufrido administrado, “que no pasa día que no tenga que hacer cola ante una ventanilla para hacer una declaración o para presentar una instancia, previa adquisición, naturalmente, de unos cuantos sellos que ha de adherir necesariamente a aquéllas”. En el segundo Curso dediqué mi intervención al principio de igualdad, que se ha colocado siempre como principio rector de la situación jurídica del administrado. Hace unos años, por amable invitación de Victoriano Frías, en el Colegio de Abogados de Málaga, me ocupé del tema del administrado ante los servicios públicos. Y en los últimos Cursos de Peñíscola, del administrado en la esfera local. Y especialmente en mis monografías sobre El administrado, publicada en 1966, y Administración pública y libertad, publicada en 1970, y de la que ha hecho una reimpresión la UNAM, con un estudio preliminar que he añadido para tratar de ofrecer hasta qué punto conserva hoy vigencia. En mi intervención de hoy reiteraré algunas de las ideas que mantuve en estos últimos trabajos.

Las Leyes, al regular el estatuto del funcionario –así como los Códigos de buen gobierno de las altas autoridades-, han reiterado la exigencia del respeto y consideración con que debe ser tratado el administrado, y, por tanto, los profesionales que actúan en su representación o defensa. Pero en la práctica estamos ante una norma infringida, salvo excepciones. Entre éstas, vale la pena destacar la que ha sido norma de conducta de uno de los Cuerpos de más solera de nuestras Administraciones, como es el de Abogados del Estado, por lo general a través de sus abogados. Siempre han hecho gala de seguir el criterio de conducta que hoy recoge la citada Instrucción 3/2006 en el apartado cuarto de “los criterios de actuación”: “La relación del Abogado del Estado con los Abogados de la otra parte –dice en su número 1- debe ser de recíproca lealtad y respeto mutuo, especialmente en todas las comunicaciones orales o escritas, evitando toda alusión personal”.

Pero lo normal será lo contrario. Y destaca sobre todo la infracción del más elemental de los principios, el de igualdad.

2. El principio de igualdad.

La exigencia de respetar el principio de igualdad es de las que se han venido reiterando en las disposiciones de distinto rango sobre la función pública, como proyección de uno de los derechos más solemnemente proclamado en todas las Declaraciones de derechos y Constituciones. Hoy constituye uno de los principios éticos a que imperativamente han de ajustar su actuación los servidores públicos. En el Estatuto básico del empleado público, que

constituye la legislación básica del Estado sobre el empleo público en los términos del art. 159.1.18ª, CE, según sienta la Ley 7/2007, se formula así este principio ético:

“Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier condición o circunstancia personal y social”.

Lo que se trata de garantizar con un cuadro más o menos detallado de incompatibilidades, prohibiciones y causas de abstención y, en su caso, de recusación, considerándose falta disciplinaria muy grave en el Estatuto básico [art. 95.2.b)] y delito en el CP (art. 314).

Sin embargo, la desigualdad es la norma. Desde el momento mismo en que el administrado se pone en contacto con la Administración Pública y se encuentra con la *ventanilla*. Sorprende el escaso interés de la doctrina por esta institución, que constituye el primer obstáculo a franquear –y no el menor- para tomar contacto con la Administración Pública y obtener una decisión (23). Es más, para un sector de la opinión pública, la Administración no es otra cosa que un conjunto de ventanillas donde se hace cola (24).

Se utiliza el término, por tanto, en el más amplio sentido de toda barrera material que separa al funcionario del administrado en un despacho abierto al público (25). Desde aquella tradicional ventanilla por la que asomaba la cabeza aquel inefable personaje de Mihura llamado el señor Hernández (26), hasta la más reciente barrera de vidrio de las oficinas de información por la que asoman las piernas de una funcionaria, o la simple mesa en que el servidor público nos recibe.

El panorama, el aspecto material ha cambiado. No ya por la diferencia que realmente existe –y es de apreciar- entre el funcionario con “manguitos” y la funcionaria con minifalda –-aunque a ésta la hayan sustituido los pantalones-, sino también por la que indudablemente existe entre aquellas pequeñas ventanas de madera que podían cerrarse herméticamente a voluntad del funcionario, permitiéndole discutir tranquilamente fuera de las miradas impertinentes del administrado la última crisis –ya que entonces no existían quinielas-, y las decorativas barreras transparentes que separan hoy las mesas de trabajo del funcionario de la zona maldita del administrado.

No se trata de un fenómeno típicamente español. Como he dicho en más de una ocasión, y no me canso de repetir, los defectos que normalmente atribuimos a nuestra

Administración, pueden referirse a cualquier otra, pues son consustanciales de eso que se llama Administración pública.

Esto explica que, no con la agudeza de nuestro Mihura, pero desde otra perspectiva – del fenómeno de la ventanilla-, haya dicho cosas análogas Henri Deroche, en un libro magnífico sobre los mitos administrativos que vio la luz en 1966 (27).

El funcionario –dice- está protegido por una barrera que no puede ser franqueada sin escándalo. Esta barrera de madera o de metal tiene, por otra parte, el carácter de tabú, puesto que detiene las reclamaciones intempestivas. Los aguafiestas que protestan abiertamente son raros y parecen tener siempre mala conciencia a los ojos de los que esperan pacientemente su turno... La reclamación violenta es, por otra parte, una maniobra peligrosa, un sacrilegio en relación al rito, del que las consecuencias más inmediatas son: la inacción sistemática del que está detrás de la ventanilla y la oposición general de todo el servicio, cubriendo y protegiendo a uno de los suyos como si el mismo hubiera sido puesto en peligro en su principio y su totalidad. –Y concluye-: No hay diálogo, sino actitud de subordinación para la obtención de un servicio, generalmente pagado. Las relaciones con la Administración se presentan a este nivel – dice Derecho- como dialéctica del señor y del esclavo.

Pero existen frecuentemente, al lado de las ventanillas, otras puertas, otros accesos a los despachos de las más altas jerarquías, en las que pueden observarse en grandes letras la siguiente advertencia: “Prohibida la entrada al público”. El “público”, naturalmente, es ese administrado simple que no tiene otro cauce para llegar al poder que el estrecho y angosto de la ventanilla (28).

Estas otras puertas, estos otros accesos más cómodos no son para él. Son para otro “público”; son par otros “administrados”, que desde el momento mismo de ponerse en contacto con la Administración pública, obtienen un trato distinto. No tienen necesidad de cola ni turno, ni siquiera de adoptar una actitud suplicante. Las puestas les están abiertas, y si alguien adopta una posición de subordinación, no es precisamente el administrado.

Y aun hay otra forma superior de toma de contacto. Existe toda una categoría de administrados para los que ni siquiera es necesario descender a la oficina pública. Basta una simple llamada telefónica para que sea el propio funcionario competente el que acuda al despacho del administrado. Quien está detrás de la barrera no es ahora el funcionario. El teléfono cumple aquí un papel relevante. A él se ha referido Simenon, en una de sus novelas, al hablar de las personas que han llegado a “esa situación... en que un telefonazo sustituye a días

o semanas de gestiones. No forman parte del público –dice-. Están al otro lado del decorado; saben lo que los otros ignoran, lo que se les oculta porque sería peligroso que estuviesen al corriente” (29).

Es un hecho cierto, incuestionable, que desde la puesta en marcha del mecanismo administrativo, hasta la decisión final y la ejecución y eficacia de la decisión, pasando por las distintas fases, hay dos categorías de administrados. Existen en esta sociedad de consumo, y existirán en cualquier otro tipo de sociedad. Variarán los criterios de selección para llegar a figurar en la categoría de los privilegiados, variarán los motivos para obtener un trato de favor, pero éste se dará siempre. En la sociedad de hoy y en la del futuro.

Los criterios para figurar en la categoría de los privilegiados variarán. No sabemos cuáles serán en la sociedad de mañana. Pero sí sabemos cuáles son los de hoy.

3. El respeto a los derechos fundamentales.

Por supuesto, la “sumisión plena a la Ley y al Derecho” conlleva la obligación de respetar los derechos fundamentales, como los demás derechos de los administrados. Me he referido ya al principio de igualdad por considerarle tan frecuentemente vulnerado, sobre todo en ciertos ámbitos, como el urbanístico, al que en una conferencia que pronuncié en Santiago de Compostela hace muchos años llamé –y así figuraba como título de la conferencia- “principio de desigualdad en el orden urbanístico”. Mis disgustos me costó. Al encontrarme pocos días después en Madrid con el entonces Ministro de Educación, mi buen amigo VILLAR PALASÍ, me soltó: ¿Pero qué número me montaste el otro día en Santiago? Pues bien, el respeto a los derechos fundamentales se ha destacado en general –y sancionado especialmente en todas las leyes sobre la función pública- y se ha reiterado en los Códigos de conducta. En el Estatuto básico del empleado público, en el capítulo dedicado a los “deberes de los empleados públicos”, a cuya rúbrica añade “Código de conducta”, uno de los Principios éticos que determina el art. 53.4, dice: “su conducta se basará en el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas”, para después desarrollar la prohibición de discriminación, por lo que me he referido a este artículo al tratar de la igualdad. Y, al enumerar los principios de conducta en el art. 54, con el número 11 incluye garantizar la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.

4. La buena fe.

Pero la ética obliga a algo más que al respeto a las Leyes y los derechos del ciudadano. Exige algo más. En el Reglamento sobre régimen disciplinario de la función pública de 1969

ya figuraba sancionada como grave la “falta de consideración con los administrados en las relaciones con el servicio encomendado al funcionario” (art. 7º, f]). En el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios del Estado de 1986 también se sanciona “la grave falta de consideración con los administrados” (art. 7.1.o]).

Yo siempre he considerado el respeto y consideración como una manifestación del principio general de la buena fe, que como general del Derecho informa todas y cada una de las normas que integran el Ordenamiento. En todos los ámbitos y relaciones (30). Y como tal principio se sanciona en el Estatuto del empleado público de 2007, al imponer al funcionario ajustar su actuación a los principios de lealtad y buena fe, no solo con la Administración, compañeros y subordinados, sino “con los ciudadanos” (art. 53.3), artículo al que ya me referí al tratar de las relaciones del funcionario con los demás servidores públicos.

La buena fe supone una regla de conducta o comportamiento civiliter, una conducta normal, recta y honesta; no defraudar la confianza que cabe esperar de una persona con la que se está en relación. Lo que tiene especial trascendencia cuando esa otra persona con la que se está en relación está al servicio de la Administración; pues si fuera la confianza que cabría esperar de ella en la actitud corriente y normal, nada bueno podría esperar el administrado; pero si lo que el principio supone es la exigencia de una conducta civiliter, la de una persona normal, seria y honesta, su aplicación será poco menos que ilimitada y contribuirá decisivamente a cambiar lo que es normal en el obrar administrativo. Un ejemplo sería el que en un artículo publicado en 1970 llamé Las notificaciones del mes de agosto (31), que no eran otras que las que se producían –y se producen- en aquellas épocas en que más difícil resulta para los administrados el cumplimiento de los plazos en ellas previstos para el cumplimiento de las obligaciones impuestas o para deducir los recursos admisibles contra el acto notificado. Y como decía en aquella ocasión, el hecho no constituye ni mucho menos una ilegalidad. No existe precepto alguno en nuestro Ordenamiento que prohíba a nuestros órganos administrativos hacer notificaciones durante el mes más idóneo para las vacaciones de verano. Está dentro de la legalidad más ortodoxa esta práctica de no interrumpir durante las vacaciones la notificación de los actos que se hayan producido. Y hay que destacar que, al menos en cuanto a las resoluciones, son las más. Pues por una reacción muy lógica, existe una tendencia a ultimar los expedientes en trámite al abandonar el funcionario su oficina, precisamente por las vacaciones, aparte de las que se precipitan para evitar que opere el silencio positivo. Resultado: que precisamente unos días antes de las vacaciones es cuando se dictan una cantidad considerable de actos administrativos, que se cursarán a los interesados ya en aquella

época del descanso estival. En los actos de trámite es menos frecuente. Porque si el acto de trámite –verbigracia, el de audiencia y vista- supone que el interesado ha de comparecer en la oficina a examinar el expediente, es necesario que haya un funcionario para atenderle. Y esto ya no es lógico. Bien está no tener en cuenta las vacaciones del administrado, pero las del funcionario son otra cosa. Por eso la mayor parte de estas notificaciones que se reciben en esas fechas son resoluciones.

Pero el hecho de que esta viciosa práctica sea irreprochable legalmente no quiere decir que sea defendible. Pues existe algo mucho más importante que la legalidad. La consideración debida al administrado. El administrado es, ante todo y sobre todo, un hombre que vive en la misma comunidad que el político y el funcionario, que merece toda clase de consideraciones.

No cabe desentenderse de sus costumbres, de sus hábitos, de su modo de vivir. La Administración pública debe contar con ello. Debe contar con ello en todos los aspectos: a la hora de requerirle para que se persone en una oficina pública para los asuntos más diversos, procurando elegir el momento menos gravoso, y a la de notificar actos y resoluciones.

De aquí que en modo alguno pueda admitirse esta práctica de las notificaciones de agosto. El hecho en sí no tiene mayor importancia. Pero sí la tiene –y tremenda- como manifestación de un fenómeno mucho más importante: el desprecio por el administrado que caracteriza a la Administración pública de todos los países. El administrado, ese ser que está al otro lado de la ventanilla, está ahí para sufrir y soportar los caprichos de los que en cada momento encarnan las prerrogativas de la Administración.

Y no se diga que esas notificaciones del mes de agosto son ineludibles por responder a algo tan consustancial al servicio público como es la continuidad. Pues esta idea de la continuidad, indudablemente referida a la Administración como un todo, no justifica que se cursen al administrado en el momento más inoportuno los traslados de unos acuerdos que perfectamente podrían esperar a época mejor.

Porque no se va a derrumbar la Administración, ni van a sufrir un colapso nuestros servicios públicos, por el hecho de que se esperen unos días para conceder un trámite de audiencia y vista, o para notificar la liquidación de un impuesto o de cualquier otro acto administrativo.

VI

CONCLUSIÓN.

He tratado de resumir algunas de las cuestiones que plantea la aplicación de la Ética de la función pública en uno de sus aspectos. Y considero que la situación que se trata de superar obedece a la general degradación de valores morales que padece nuestra sociedad. De aquí mi pesimismo. No podemos salir de ella a golpe de leyes, directrices o códigos de conducta. No se cambia la sociedad por decreto, como decía el título de una obra de CROZIER traducida al castellano por PRATS en 1984.

Y en uno de mis trabajos terminaba con esta extensa cita de un libro de JACINTO CHOZA: “En un pasaje de las Leyes de Platón propone esta cuestión: si una sociedad hubiera llegado a un grado de corrupción y descomposición tal que la apatía y el vicio fuera la tónica dominante, ¿podría un gobernante hacer volver a la virtud a esa sociedad mediante medidas legales? La respuesta de Platón es, naturalmente, negativa”. Y es que, como comenta CHOZA después: “Desde luego, a la actividad política corresponde poner diques para mitigar las pérdidas y salvar lo salvable, pero es exigirle demasiado si se le encomienda la superación de las crisis totales: es caer en el fetichismo de creer que el poder político, el Estado, es la omnipotencia de Dios o la voluntad de la historia autoconsciente de sí misma. Las crisis totales se superan sin que *a priori* pueda saberse cómo o por renovaciones que no está en la mano del hombre producir (renovación religiosa y renovación biológica), lo cual viene a confirmar que la historia no es humanamente programable. Y no es que las renovaciones religiosa y biológica permitan deducir novedades políticas o culturales intrínsecas y esencialmente vinculadas con aquéllas. No lo permiten; simplemente insuflan nueva vitalidad y nueva esperanza que potencian al máximo la capacidad inventiva, la inspiración para nuevas conductas” (32).

- (1) En el trabajo Ética pública y corrupción, que cierra el libro El Derecho público a comienzos del siglo XXI, Thomson-Cívitas, 2003, III, pp. 3377 y ss.
- (2) D'ALBERTI, Corruzione “sogettiva” et “ogettiva”, en el volumen dirigido por el mismo autor y por FINOCHI, Corruzione e sistema istituzionale, Bolonia, 1994, p. 13. Cita que recoge GARCÍA DE ENTERRÍA, en Democracia, jueces y control de la Administración, 5ª ed., Cívitas, Madrid,
- (3) A. NIETO, La corrupción en la España democrática, Madrid, 1997, p. 7. Y así lo he puesto de manifiesto en trabajos anteriores: Administración pública y libertad, México, 1971, pp. 48 y ss., del que se ha publicado una nueva edición en 2006; El administrado, El Consultor, 1966, que ha sido reeditado por la Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política SC, Queretaro, México, 2003, y Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas, Thomson-Cívitas, 2006, pp. 27 y ss.
- (4) V. BEYME, La clase política en el Estado de partidos (trad. española), Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 94 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, Democracia, jueces y control, cit., p. 83.
- (5) Rafael TERMES, El papel del cristianismo en las economías de mercado, Universidad de Navarra, 1994, p. 1.
- (6) Así, Gregorio ROBLES, Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual, Cuadernos Cívitas, 1992, p. 84.
- (7) En Aplicabilidad de las normas éticas en la Administración pública gallega, Santiago de Compostela, 1999, p. 79.
- (8) “Principios éticos y ejercicio de la función pública”, en La Universidad y las profesiones jurídicas, Universidad Complutense de Madrid, 1998, p. 129.
- (9) En Jornadas sobre Ética pública, INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, 1997, pp. 29 y ss.
- (10) Como afirma RODRIGUEZ ARANA, en Sobre la ética de la Administración pública, en Memorias del Congreso Internacional de Culturas y sistemas jurídicos comparados. Derecho administrativo, UNAM, Méjico, 2005,
- (11) En este sentido, MILLAN PUELLES, en Ética pública y ética privada, ABC de 8 de junio de 1995, rectificando a PECES BARBA, que defendió la existencia de dos éticas en Ética pública y Derecho, Discurso de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1993, pp. 28 y 56. Sobre el problema, también, A. OLLERO, en Responsabilidades políticas y razón de Estado, en Papeles de la Fundación para el análisis y los estados sociales, núm. 31, pp. 9 y ss., y GÓMEZ PÉREZ, Ética ciudadana. Más allá de una educación para la ciudadanía, Madrid, 2007.
- (12) La corrupción en la España democrática, primera edición, aparecida en 1997.
- (13) Páginas 132 y 55 de la 1ª edición.
- (14) Así, en Corrupción, ética y moral, cit., pp. 64 y ss,
- (15) Recuerdo que hace unos años, al pronunciar una conferencia en la Universidad Autónoma de Méjico y aludir el presentador a mi condición de miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, dio lugar a que, en el coloquio que siguió a mi disertación, la primera pregunta que se me hiciera fuese cómo podía existir una Academia con aquel título, dada la absoluta incompatibilidad entre moral y política. Así

lo recogí en mi trabajo Corrupción, ética y moral, cit., p. 145. Sobre el problema de la corrupción política en general, VILLORIA MENDIETA, La corrupción política, 2006.

- (16) En Derecho civil de España, Ed. Cívitas, 1984, I, p. 89.
- (17) Páginas 62 y ss.
- (18) MARTINEZ VAL, Ética de la Abogacía, Barcelona, 1987, pp. 111 y ss.
- (19) Destacados por F. SAINZ MORENO, en Principios éticos y ejercicio de la función pública, cit., pp. 136 y ss.
- (20) A la que me refiero en La dignidad de la persona, Cívitas, 1986, pp. 141 y ss., con las consiguientes problemáticas relaciones con los derechos fundamentales, tal y como se destaca por GONZÁLEZ DELEITO, Los derechos fundamentales de la persona en el ámbito militar, “Boletín del Colegio de Abogados de Madrid”, núm. 4/1985, pp. 9 y ss.
- (21) Principios éticos y ejercicio de la función pública, cit., p. 137.
- (22) Así, en Corrupción, ética y moral, cit., pp. 217 y ss.
- (23) H. DEROCHE, Les mythes administratifs, París, 1966, p. 111.
- (24) Así, Gabriel MIGNOT y Philippe D’ORSAY, en La machine administrative, París, Éd. du Seuil, 1968, p. 3.
- (25) DEROCHE, ob. cit., p. 109.
- (26) El pasaje de la obra de Mihura, Sublime decisión, ha sido recogido por DIAZ PLAJA, en El español y los siete pecados capitales, 3ª ed., Madrid, 1968, pp. 262-263.
- (27) Ob. cit., pp. 109-114.
- (28) El hecho se refleja perfectamente en el libro de G. MIGNOT y Ph. D’ORSAY, La machine administrative, cit., en un capítulo que lleva el expresivo título de “De la ventanilla a la antesala del Ministro”.
- (29) Las campanas de bicêtre, Barcelona, 1962, p. 113.
- (30) El principio general de la buena fe, 4ª ed., Thomson-Cívitas, 2004.
- (31) En RAP, núm. 61, pp. 121 y ss.
- (32) Ética y política: un enfoque antropológico, incluido en el libro “Ética y Política en la sociedad democrática”, Madrid, 1981, pp. 56 y ss.