

Algunos posibles olvidos en la propuesta legislativa

Sr. D. Fernando Irurzun Montoro
Subdirector General de los Servicios Contenciosos de la
Abogacía General del Estado

En mi breve intervención en estas Jornadas voy a limitarme a formular en voz alta algunas preguntas o reflexiones sobre aspectos del proyecto legislativo que se discute en las Cortes Generales. Más bien sobre elementos no están en el proyecto de Ley o que serían complementarios, pero podrían estar en ésta u otra ley futura.

Antes voy a hacer una indicación sobre la naturaleza del principio de transparencia y del derecho de los ciudadanos al acceso a los documentos e informaciones de las Administraciones públicas, porque la cuestión lleva sobrevolando las Jornadas todo el día, con referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lo cierto es que también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una reciente sentencia de Gran Sala dedica un razonamiento a la cuestión, que no será el razonamiento medular de la sentencia pero que, desde luego, no es un mero *obiter dicta*. Me estoy refiriendo a la sentencia de 3 de abril de 2012, en el asunto *Gillberg c. Suecia*. El asunto trae causa de una condena penal, como ahora explicaré, pero lo que es aquí relevante es el reconocimiento del derecho "*derivado del artículo 10...de recibir información a través del acceso a los documentos públicos en cuestión*".

Simplificando mucho, el caso parte de la negativa de un profesor de universidad a dar acceso a otros investigadores a unos datos del estudio de campo llevado a cabo en el marco de una antigua investigación sobre una enfermedad infantil. El profesor se niega por completo a dar acceso y se arbitra el procedimiento administrativo correspondiente, como consecuencia del cual la universidad es condenada a permitir dicho acceso a la información. El profesor, con la colaboración de personas del servicio administrativo de su departamento hacen todo lo posible para que los investigadores no tengan acceso a esos datos -incluso los destruyen-. De este incumplimiento derivara un procedimiento penal, en el que el profesor universitario es condenado por abuso de su función. El TEDH en su sentencia aborda la justificación de la sanción penal, desde la perspectiva del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al alegar el demandante que sería titular de un derecho a la información de contenido negativo,

por el que puede negarse a dar acceso a la información obtenida en sus investigaciones científicas.

La sentencia de forma expresa incluirá en el contenido del artículo 10 del CEDH, en concreto en la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, el derecho de acceso a los documentos¹. Así que, cuidado, ya no es tan cierto que no tengamos algún pronunciamiento europeo sobre la naturaleza del derecho de acceso a documentos administrativos como derecho fundamental.

Paso, sin más preámbulos, a las preguntas, un tanto retóricas, sobre las que pretendía realizar mi intervención.

La primera es una cuestión, que a muchos de los que están aquí presentes, que como yo son funcionarios, hasta puede que les asuste. Cuando el proyecto legislativo, el legislador, se preocupan solo por altos cargos y por representantes políticos ¿No estará haciendo un ejercicio excesivo de buena fe o de confianza? ¿No se estará olvidando indebidamente de los funcionarios?

Y enseguida me explico. Todos estamos dando por supuesto que los contratos se adjudican, o las resoluciones se dictan, por Ministros, Secretarios de Estado y Directores Generales, que son a los que las normas vigentes someten a estos deberes de transparencia.

Sin embargo, cualquiera que conozca una Administración moderna, compleja, sabrá que en el proceso de adopción de las decisiones administrativas participan quienes ocupan puestos subordinados a aquéllos. Pongo un ejemplo bien sencillo, y con todas las precauciones que impone el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando uno se refiere a una investigación penal en curso. Según la prensa de hace unas semanas, hay una funcionaria de una Delegación o Subdelegación del Gobierno,

¹ “92. Taking these circumstances into account, the Court considers that the crucial question can be narrowed down to whether the applicant, as a public employee, had an independent negative right within the meaning of Article 10 of the Convention not to make the research material available, although the material did not belong to him but to his public employer, the University of Gothenburg, and despite the fact that his public employer – the university – actually intended to comply with the final judgments of the Administrative Court of Appeal granting K and E access to its research material on various conditions, but was prevented from so doing because the applicant refused to make it available.

93. In the Court's view, finding that the applicant had such a right under Article 10 of the Convention would run counter to the property rights of the University of Gothenburg. It would also impinge on K's and E's rights under Article 10, as granted by the Administrative Court of Appeal, to receive information in the form of access to the public documents concerned, and on their rights under Article 6 to have the final judgments of the Administrative Court of Appeal implemented (see, mutatis mutandis, Loiseau v. France (dec.) no. 46809/99, ECHR 2003-XII, extracts; Burdov v. Russia, no. 59498/00, § 34, ECHR 2002-III; and Hornsby v. Greece, judgment of 19 March 1997, § 40, Reports 1997-II).”

presuntamente implicada en la trama de blanqueo de capitales en la que han sido imputados empresarios chinos. Esa funcionaria trabajaba en la Unidad encargada de tramitar los permisos de residencia y trabajo, que -como todo el mundo sabe- conforme a la legislación vigente no los otorga un simple funcionario, ni el Jefe del Servicio de Extranjería de la Delegación, sino el Subdelegado del Gobierno. Si quien está encausada es una funcionaria de la Subdelegación del Gobierno es porque todos sabemos que en la realidad tan importante puede ser para conseguir el permiso el Subdelegado, como el Jefe de Servicio correspondiente.

Respecto de los funcionarios, entre los que yo me incluyo, nuestra legislación se pone la venda y no quiere saber nada de sus intereses patrimoniales, de sus posibles conflictos de intereses. Le basta con imponer unas reglas de incompatibilidad con determinadas actividades y un deber de abstención cuando esté interesado personalmente en los asuntos de que conoce por razón de su función.

Mi reflexión, quizás tenga más relación con el Estatuto Básico del Empleado Público que con la Ley de Transparencia, es que sería el momento de realizar un examen en profundidad de nuestra normativa en la materia. No estoy diciendo que haya que transparentar al público esos datos personales de cada funcionario. No, no se trata de nada de eso. Sobre lo que llamo la atención es sobre la necesidad de que los funcionarios tengan que ser más transparentes con su Administración, en relación con su patrimonio y sus intereses personales o familiares.

Mi segunda pregunta o reflexión también guarda relación con el Estatuto Básico de la Función Pública. Yo tengo dudas, y dudas serias, de que estemos haciendo bien al elevar a rango normativo los principios éticos. Me voy a explicar rápidamente porque esto puede ser mal entendido. Las normas jurídicas llevan aparejadas generalmente sanciones por su incumplimiento que son de todos conocidas: responsabilidad disciplinaria, responsabilidad penal, invalidez de los actos o las consecuencias del incumplimiento, etc... En una sociedad viva, sana, los principios éticos cuando se violan provocan otras consecuencias: el descrédito, la mala reputación, la obligación en ocasiones de dimitir o de poner el cargo a disposición, etc.... No siempre ocurrirá así, sobre todo en situaciones de crisis de moral cívica, tanto o más que económica, como la que estamos viviendo. Ahora bien, pensando en las sociedades sanas y en las que necesitan ser "saneadas", debemos mimar los principios éticos. Si los convertimos en norma jurídica, aunque los sigamos llamando "principios éticos" porque así son incluso mejor vistos por la opinión pública, pero a su incumplimiento aparejamos simplemente la

reacción disciplinaria ¿no estaremos perdiendo algo por el camino?

¿No estaremos neutralizando, al elevar a norma jurídica los principios éticos, esas otras consecuencias sociales que lleva aparejado el comportamiento contrario a la ética o moral pública? Lo que resulta más preocupante, si cabe, en un país como el nuestro donde está por ver que las sanciones a los funcionarios sean moneda común. El propio legislador está, quizás, provocando que, al final, todo quede en casi nada porque frente al incumplimiento de lo que denomina "principios éticos" el incumplidor se encogerá de hombros y nos responderá que si alguien tiene algo que reprocharle ahí tiene el expediente disciplinario. Y, mientras tanto, el incumplidor se parapetara en su puesto de trabajo, a la espera de alguien reaccione disciplinariamente. Yo creo que sobre esto deberíamos también reflexionar, porque a lo mejor nos estamos equivocando. Coloquemos los deberes y las sanciones en la Ley y hagámoslos cumplir seriamente, y coloquemos los principios y los Códigos de conducta en la posición que les corresponde, pero sin confundir unos y otros.

Otra reflexión, también, muy rápida, sobre un aspecto que tiene que ver especialmente con el porqué del acceso al conocimiento del patrimonio de los responsables públicos o de los funcionarios y altos cargos. La cuestión no ésta, en términos generales, bien resuelta en España. Me refiero al deslinde entre lo público y lo privado que, además, tiene mucho que ver también con la protección de datos. A mí me da la sensación de que aquí trazamos con un trazo muy grueso la línea entre lo público y lo privado, cuando lo importante no es lo que pertenece al ámbito público y al ámbito privado, sino lo que es relevante para el interés público y lo que no es relevante para el interés público. Y voy a poner un ejemplo, también, de la realidad, sin dar nombres, sencillo de comprender para todos.

No sé si recuerdan ustedes que hace años fue sancionado un miembro de un alto Tribunal español como consecuencia de haber dictado una resolución judicial a raíz de una relación con lo que en otros tiempos se denominaban "señoritas de vida alegre". Esta afición de su señoría, ciertamente, me parece que no tiene ninguna relevancia pública. Así es con carácter general hasta un momento en el que pasa a ser de relevancia pública. Y es que resulta que la señora de vida alegre era también la señora de vida alegre acompañante ocasional o habitual de un miembro de una organización delictiva, que estaba llamado a comparecer ante el Tribunal en el que prestaba servicios el Señor Magistrado. Y, claro, a partir de ahí empieza a ser relevante lo privado.

Entre nosotros no hemos conseguido trazar bien esta raya entre lo público y lo privado y, quizás, yo me pregunto si en parte, cuando el Profesor Víctor Pérez Díaz ha hecho alusión a la diferente visión que de estos problemas se tienen en otras latitudes europeas, no deriva en parte de esta distinta forma de delimitar lo público y lo privado que tenemos en España. Es hora, probablemente, de reflexionar sobre esa percepción. No digo que llegemos al puritanismo absurdo que a veces ofrece la sociedad norteamericana en sus campañas electorales. Pero tampoco podemos sentirnos satisfechos aquí con el cortafuegos que se traza entre lo público y lo privado. A lo mejor estamos siendo ciegos a cosas que son relevantes públicamente.

La última pregunta o reflexión, antes de concluir, viene también al hilo de uno de los aspectos presentes en estas Jornadas: los modelos de derecho comparado y de derecho internacional. Hemos oído hablar mucho durante estos dos días del Derecho anglosajón, pero no hay que caer en la simplificación. Y, sobre todo, a mí me gustaría que a veces fuéramos más capaces de ver el conjunto, porque en España recurrimos con frecuencia a la técnica que en inglés se denomina de "*pick and choose*" y que en nuestro Derecho laboral se denominaba -no sé si se sigue utilizando- la técnica del espiguelo: el trabajador iba espiguelando de cada Convenio Colectivo lo que le interesaba para hacerse una norma a su medida.

En España caemos, en ocasiones, en este defecto del "*pick and choose*" o del espiguelo, escogiendo elementos aislados de otros sistemas jurídicos. Perdemos, así, la perspectiva de que lo que merece ser tomado de otros modelos ha de tomarse con todos los elementos que sirven para establecer el equilibrio. No vale copiar una medida sin los contrapesos o elementos de equilibrio que acompañan a esa medida. Les voy a poner un ejemplo muy sencillo del ámbito en el que estamos hablando ahora, y no de otros de los que hemos hablado otros días. Si uno se va al Código de la Función Pública Británica, en su página web, encontrará que tienen unos principios de actuación que son muy similares a los que están en el Estatuto Básico del Empleado Público.

Pero, al tiempo que se adoptan estos principios, verán Ustedes que se aplican determinadas técnicas para hacerlos efectivos, para que sean tomados en serio. Elementos que manifiestan el rigor o convicción con el que se afirman tales principios por los británicos. No creo, sinceramente, que sus convicciones sean muy distintas de las nuestras, sino que sus normas buscan el necesario equilibrio para hacerlas eficaces. Si su derecho opta por un mecanismo de normas más genéricas, o de contenido normativo menos completo, alejándose de los catálogos tipificadores propios del derecho continental, enseguida

incorporan en sus normas esos otros elementos de equilibrio. Cuando se lee su Código de la Función Pública, algunos de ustedes podrían afirmar que son cantos a la benevolencia o la bondad y bonhomía del ciudadano.

Ahora bien, a partir del Párrafo 16 de este Código, se le envían al funcionario británico, si quieren en un lenguaje hasta extremadamente simple, unos mensajes claros y contundentes:

- Sepa usted que tiene la obligación de cumplir todos los principios que le acabo de enumerar;
- Sepa su Administración tiene la obligación de, además, hacérselos firmar, para que sea usted consciente de aquello a lo que se obliga;
- Sepa usted que a partir de este momento si tiene algún problema, si usted está preocupado porque no sabe si las instrucciones que le han dado se ajustan a estos principios, deberá disipar esas dudas. En primer término, pregunte a través de su línea jerárquica, si por alguna razón no se atreve a hacerlo por esta vía, es decir, si usted tiene miedo, hable usted y pregúnteselo al oficial o al funcionario, específicamente designado en materia del Código de la Función Pública, que tiene que haber en su departamento.
- Si a pesar de todo, sigue usted muy preocupado y no sabe lo que tiene que hacer, utilice la dirección de correo electrónico o de correo ordinario que le indico de la Comisión de la Función Pública Británica.
- Por cierto, le informo que si usted tiene al lado a un funcionario cuyo comportamiento le resulta extraño desde la perspectiva de este Código, puede utilizar esta misma línea o procedimiento para ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes.
- Y si después de todo esto usted llega a la conclusión de que la respuesta es que todos los mecanismos que le han dado no le convencen y que no puede cumplir usted los principios del Código de Conducta, amigo mío, usted debería abandonar la función pública.

Valga esta descripción, un tanto alegórica o caricaturesca por mi parte. Quería con ello poner de manifiesto que a veces tenemos esta tentación a buscar el modelo en otros derechos y bienvenido sea porque los modelos que funcionan hay que imitarlos. Pero cuidado con elegir solo lo que nos conviene o sólo una parte del sistema. Tengamos en cuenta su conjunto y los elementos que hacen de equilibrio o complemento para que funcionen en esos otros ordenamientos jurídicos.

Acabo, ya con una reflexión que tomó de una frase de Tocqueville, en su "La democracia en América", que me parece que viene bien al hilo de las reflexiones de esta mesa y que, si bien tiene una componente pesimista, acaba con un mensaje de esperanza, con el que es imprescindible que salgamos de aquí.

Decía Tocqueville, hablando en primera persona: "no soy de los que profesan una fe ciega en las prescripciones legales y piensan que basta con cambiar las leyes de un pueblo para modificar su estado social y político. Pero, reconozco que cuando las leyes están hechas de acuerdo con las necesidades de un país, sus costumbres y sus hábitos, el efecto producido por ellas es a menudo un prodigio".

Uno no aspira a que se hagan prodigios con este proyecto de Ley, pero si conseguimos una ley que produzca algún efecto beneficioso en la situación en la que nos enfrentamos bienvenido sea.