



ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y TRANSPARENCIA

Monográfico coordinado por: Jaime Pintos Santiago

DOCTRINA

PRIMERA PARTE: ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

- **ÉTICA Y DERECHO EN EL SIGLO XXI: ACUÑACIÓN DEL *ETHOS-ARETÉ* COMO MONEDA DE CURSO LEGAL.** José Luis Martín Moreno
- **NECESARIA REGENERACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ÓRGANOS CONSTITUCIONALES A TRAVÉS DE LA MERITOCRACIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PROVISIÓN Y CESE EN PUESTOS DE TRABAJO POR EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN.** Roberto Mayor Gómez
- **ÉTICA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.** Ximena Pinto Nerón
- **LA ÉTICA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LOCAL**
Rafael Casas Aranda

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA

- **DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.** Ernesto Jinesta Lobo
- **EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA: ¿DÓNDE ESTÁ EN EL EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA?**
Jorge Fondevilla Antolín
- **TRANSPARENCIA MUNICIPAL Y DERECHOS DE LAS PERSONAS COMO BASE DE LOS PROYECTOS DE GOBIERNO ABIERTO Y SMART CITYMA.** Victor Almonacid Lamelas
- **FIDEICOMISOS PÚBLICOS EN COSTA RICA: TRANSPARENCIA DE SU ACTIVIDAD CONTRACTUAL.** Elard Gonzalo Ortega Pérez
- **ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**
Javier Ruiz-Tapiador Sanmartín

ΑΛΕΘΕΙΑ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

Aletheia

CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

COMITÉ CIENTÍFICO

SOSA WAGNER, FRANCISCO	GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN
SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS	GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE
SAIZ DE MARCO, ISIDRO	GALÁN JUÁREZ, MERCEDES
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL
REQUENA LÓPEZ, TOMÁS	CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE
PALMA LÓPEZ, CRISTINA	CAMY ESCOBAR, JESÚS
PINTOS SANTIAGO, JAIME	CAIADO AMARAL, RAFAEL
MOREU SERRANO, GERARDO	BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS
MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO	BELADÍEZ ROJO, MARGARITA
MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS	ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER
MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ	
SECRETARIO:	SECRETARIA ADJUNTA:
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	PARERA CARRETERO, SOLEDAD

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)

MONOGRÁFICO
ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
Y TRANSPARENCIA

SUMARIO:

PRESENTACIÓN (Jaime Pintos Santiago)

Págs.
1-10

DOCTRINA

PRIMERA PARTE: ÉTICA PÚBLICA

Págs.

- 11-50 Ética y Derecho en el siglo XXI: acuñación del *Ethos-Areté* como moneda de curso legal
José Luis Martín Moreno
- 51-84 La necesaria regeneración de las Administraciones Públicas y órganos constitucionales a través de la meritocracia: análisis jurisprudencial de la provisión y cese en puestos de trabajo por el sistema de libre designación.
Roberto Mayor Gómez
- 85-116 Ética y contratación pública.
Ximena Pinto Nerón
- 117-134 La Ética en la Función Pública. Especial referencia al ámbito local
Rafael Casas Aranda

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA

- 135-156 Derecho de acceso a la información.
Ernesto Jinesta Lobo
- 157-192 El principio de transparencia: ¿Dónde está en el empleo público en España?
Jorge Fondevilla Antolín

DOCTRINA

SEGUNDA PARTE: TRANSPARENCIA (continuación)

Págs.

- 193-234 Transparencia municipal y derechos de las personas como base de los proyectos de gobierno abierto y smart city.
Victor Almonacid Lamelas
- 235-282 Fideicomisos públicos en Costa Rica: transparencia de su actividad contractual.
Elard Gonzálo Ortega Pérez
- 283-300 Análisis del proyecto de reglamento de desarrollo de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.
Javier Ruiz-Tapiador Sanmartín

Ética y Derecho en el siglo XXI:
Acuñaación del *Ethos-Areté*
como moneda de curso legal

JOSÉLUIS MARTÍN MORENO

RESUMEN: Este artículo revisa los problemas relacionados con la distinción actual entre Ética pública y Ética privada; una distinción basada en una tesis reduccionista, según la cual los políticos y empleados públicos son los únicos sujetos agentes en los asuntos de Ética pública.

El autor destaca especialmente que la noción actual de Ética Pública cae en el error de aislar en el espacio privado, cuestiones relacionadas con la Ética pública. Un concepto tan limitado, es un gran error que ha servido para ocultar del foco de la Ética Pública una gran cantidad de asuntos vitales que van más allá del campo de interrelación público-privado. Los partidos políticos, los sindicatos, los contribuyentes, los contratistas, los medios de comunicación, las personas subsidiadas, los ciudadanos en general; todos ellos tienen un papel muy importante en la esfera pública, y por lo tanto son agentes en temas de Ética Pública.

Por estas razones, el autor refuta la visión estrecha del concepto actual de Ética Pública y cree imprescindible repensarlo, objetiva y subjetivamente.

Por otra parte, este estudio examina el nuevo panorama de los "códigos de ética" en España, con una mirada crítica cuando son sólo normas legales acompañadas de sanciones y no verdaderos "códigos de ética". Estos principios, llamados "principios éticos", deberían ser deberes que los funcionarios públicos poseen por sí mismos y no por imposición. Por el contrario, en el caso que examinamos, esos principios son claramente deberes establecidos en la Constitución Española de 1978 y representan las obligaciones más primarias, superlativas y básicas de un empleado público.

En un estado de duda moral, los códigos podrían ser útiles para proporcionar consejo, dando una regla para resolver el dilema ético. El autor reconoce que, en determinadas circunstancias, en tales casos, los códigos de ética pueden ayudar a los servidores públicos como guía en sus decisiones.

Sin embargo, la obligación de respetar y garantizar el respeto de los mandatos constitucionales y la prohibición de la discriminación contra las personas por motivos de raza, sexo, religión .., u otras circunstancias (entre otras menciones que podrían realizarse), no plantean cuestiones morales. Por esa razón, el autor considera que el Estatuto Básico del Empleado Público en España comete un error al establecer como un principio ético, el deber de cumplir con la Constitución; el más alto deber legal que uno puede imaginar en el caso de los servidores públicos.

Ethics and Law in the twenty-first century:
minting of Ethos"-Areté as legal tender

JOSÉLUIS MARTÍN MORENO

ABSTRACT: This paper reviews problems related to the current distinction between public Ethics and private Ethics; a distinction based on a reductionist thesis, according to which the politicians and public employees are the only agents in public ethical issues.

The author especially emphasizes that the current notion of public Ethics fall into the error of insulate in private area, issues related to public ethics. A concept so limited, it is a big mistake that has served to hiding from the spotlight of the public Ethics a lot of vital matters extend beyond the public-private interface. Political parties, trade unions, taxpayers, contractors, mass media, subsidized people, citizens in general, all them have a very important role in the public sphere, and therefore are agents in issues in public Ethics

For these reasons, The author refutes the narrow view of the referred concept of Public Ethics and believes that must will be rethought, objectively and subjectively.

On the other hand, this study examines the new landscape of the "ethical codes" in Spain, with a critical eye when are just legal rules accompanied by sanctions and not true ethics codes. These principles, called "ethics principles", must will be duties that public servants owe themselves. On the contrary, in the case before referred to, those principles are clearly duties, established in the 1978 Spanish Constitution and represent the most primary, superlative and basic obligations of a public employee.

In a state of moral doubt, the codes could be helpful in providing counsel, giving a rule to solve the ethical dilemma. The autor recognises that, under certain circumstances in such cases, ethics codes can help to the public servants like guide in his decisions.

However, the obligation to respect and to ensure respect for constitutional mandates and the prohibition of discrimination against persons based on race, sex, religión..., or other circumstances, don't raise any moral questions. For that reason, the author considers that the Basic Statute for civil servants in Spain make a mistake in establishing like an ethical principle, the duty to comply with the Constitución, the highest legal duty one might expect in the public servants case.

PALABRAS CLAVE: Ética pública, Ética privada, principios éticos, deberes legales, imparcialidad, responsabilidad, transparencia, legalidad, integridad, eficiencia, igualdad, justicia, legislación anticorrupción, formación ética.

KEY WORDS: Public Ethics, private Ethics, ethics principles, legal duties, impartiality, responsibility, transparency, legality, integrity, efficiency, equality, justice, anti-corruption law, ethics training.

CDU: 17 Ética. Moral. 34 Derecho en general. 340.12 Derecho natural. Filosofía y Teoría del Derecho. 342.9 Derecho Administrativo. 32 Política. 35.08 Personal administrativo. Funcionarios. 351 Funciones propias de la Administración. Legislación administrativa en general.

SUMARIO:

1.— INTRODUCCIÓN. 2.— CORRUPCIÓN Y RESURGIMIENTO DEL DEBATE ÉTICO: UN ESTADO DE COSAS. 3.— ÉTICA Y DERECHO. 4.— ÉTICA PÚBLICA: AGENTES Y OBJETO. 5.— ACUÑACIÓN LEGAL DE “PRINCIPIOS ÉTICOS”. 5.1. Antecedentes en España: Código de Buen Gobierno de 2005 (derogado). 5.2 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (EBEP; ley derogada) y Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP). 5.3. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. 5.4. Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado: nuevo planteamiento de la cuestión. 6.— RECAPITULANDO: LA ACUÑACIÓN LEGAL DEL ETHOS-ARETÉ ES PERTURBADORA. 7.— CONCLUSIONES. APOSTEMOS POR LA EDUCACIÓN. CONCIENCIA ÉTICA DE SERVIDORES PÚBLICOS Y CIUDADANOS Y REFORZAMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PREVENCIÓN Y SANCIÓN

**ÉTICA Y DERECHO EN EL SIGLO XXI:
ACUÑACIÓN DEL *ETHOS-ARETÉ*
COMO MONEDA DE CURSO LEGAL**

José Luis Martín Moreno
Jurista-funcionario de carrera

Dedico estas páginas a Regina Fernández Ortega, compañera en la Promoción de Derecho de la UGR 1980-1985 y persona ejemplar por su generosidad y comportamiento virtuoso; con su fallecimiento hemos perdido todos; también el Derecho y la Ética (D.E.P.)



Los principios éticos requieren más educación que definición. El ser humano es capaz de identificarlos a lo largo de los siglos.

Retrocedamos más de 400 años en el tiempo:

De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas.

«Mira, Sancho: si tomas por medio a la virtud y te precias de hacer hechos virtuosos, no hay para qué tener envidia a los que padres y agüelos tienen príncipes y señores, porque la sangre se hereda y la virtud se aquista, y la virtud vale por sí sola lo que la sangre no vale». (*Don*

Quijote, segunda parte, capítulo XLII). **Ilustración de Gustavo Doré** para *Don Quijote* (1863). Wikimedia Commons; «Don Quijote 5»

https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Don_Quixote_5.jpg#/media/File:Don_Quixote_5.jpg

1. INTRODUCCIÓN

SI la prudencia es una virtud y no es ciencia ni arte, como aprendemos de Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*, así es como me propongo afrontar este trabajo, consciente de que la “Ética pública” es difícil de tematizar, y de que para ello debo partir, al fin y al cabo, del concepto de Ética. Sin embargo, sólo haré una aproximación a su significado (espero que aceptable), como necesario punto de partida para después abordar el problema de la “Ética pública”, pues no hay rama sin árbol. Aplazo para otra ocasión un examen más profundo de la cuestión, que me propongo realizar en un breve ensayo con ayuda de filósofos y juristas.

Por otro lado, examinaré sintéticamente el problema de las relaciones entre Ética y Derecho, sólo en lo que atañe al objeto de este artículo. Lo hago como ejercicio de autoconvicción, porque mi análisis concluirá con una valoración crítica de un fenómeno relativamente reciente, cual es la recepción de “códigos éticos” o principios éticos “sectoriales” en el Derecho Público de nuestro país. Adelanto ya que, a mi juicio, en estos códigos se evidencia una confusión conceptual entre postulados éticos y normas jurídicas. Sólo haré un reconocimiento a vista de droniusfilosófico¹, un vuelo no tripulado sobre el paisaje de estos códigos. Simplemente tomo unas muestras representativas y las someto a análisis para intentar confirmar la conclusión que sostengo. Del detalle se ocupan otros autores en este número monográfico de *Aletheia*.

Antes de todo ello, me refiero al “estado de cosas”; al contexto en el que se explica la aparición de códigos éticos y me detengo en el concepto de “Ética pública”, que en mi opinión es parte del problema, en la medida en que hasta ahora se ha delineado únicamente y exclusivamente en torno al comportamiento de cargos y empleados públicos.

2. CORRUPCIÓN Y RESURGIMIENTO DEL DEBATE ÉTICO: UN ESTADO DE COSAS

Constatamos en la sociedad un resurgimiento del debate ético, si bien no hemos de ser demasiado optimistas al respecto, porque no ha aflorado un repentino desvelo por la Ética en el sentido más prístino del término. No hay preocupación generalizada ni auténtica por la Ética, ni en el sentido aristotélico, ni en el sentido kantiano o hegeliano.

¹ O “a vista de pájaro” si se quiere, aunque el empleo de esta expresión parece frívolo para hablar de algo tan serio (quédese el lector sólo con la metáfora, porque dron proviene del inglés drone; “zángano” en su origen).



En las circunstancias que vivimos, la Ética se emplea por ciudadanos de buena fe que, durante años, han visto desfilar ante sus ojos una sucesión inagotable de casos de corrupción. Ciudadanos que han visto minada la confianza en sus gobernantes, servidores públicos, partidos políticos, sindicatos y empresas; ciudadanos que han visto traicionada su confianza en profesores, periodistas, deportistas que contemplaban como modelos a imitar y referentes sociales. Ante el fracaso del Derecho, de los controles jurídicos y de la administración de justicia, la apelación a la Ética emerge por doquier; se acude a ella como se recurre a un arcano taumáturgico, a una panacea o remedio prodigioso, sin saber exactamente cómo podría obrarse el milagro. Los ciudadanos de buena fe claman por la regeneración y llaman al imperio de la Ética, atribuyéndole un valor portentoso; otros sencillamente la utilizan como arma arrojadiza para poner de manifiesto que el adversario —ya en círculos políticos, ya en los profesionales, empresariales, sindicales, deportivos...— no ha jugado limpio.

Ante la alarma creada por sonoros escándalos de corrupción que salpican a personajes con altas responsabilidades públicas, cercanos -ahora o en el pasado- a las más altas magistraturas del Estado, políticos, empresarios, profesionales, jueces, deportistas, artistas, periodistas, sindicalistas... la Ética ha sido desempolvada.

Un estado de cosas tal explica este peculiar “resurgimiento de lo ético”.

3. ÉTICA Y DERECHO

Los puntos de conexión y deslinde entre la Ética y el Derecho admiten diferentes enfoques, dependiendo de si se considera que el ordenamiento jurídico tiene su causa última en reglas morales universales e inmutables (obtenidas por revelación divina o a través de la razón práctica), o en convenciones humanas, por definición mudables.

No podemos detenernos en un debate milenario sobre la existencia de reglas morales no escritas; distinguibles de las leyes que integran el Derecho por su origen y permanencia en el tiempo y en el espacio, así como por su falta de vinculación jurídica. Sí dejamos afirmado el reconocimiento histórico de la conexión del Derecho con la Ética; conexión que se niega por los teóricos del positivismo jurídico (si bien con matices por parte de algunos autores), en los que predomina el escepticismo y relativismo en cuanto a se refiere a la Justicia y a la

decantación moral de las normas jurídicas, favoreciendo lo éticamente bueno y reprimiendo lo éticamente malo para la convivencia social.

La recepción de postulados éticos por parte del Derecho es innegable. Como indica Luisa Montuschi “parte de la Ética se considera como Ética codificada pues sus enunciados estarían incluidos en la legislación y en normas legales. Algunos autores sostienen que en la medida que las consideraciones Éticas son aceptadas por la mayoría de la población en algún momento serán aprobadas por los legisladores y se convertirán también en normas legales”².

Insistimos en que esto no significa negar que estamos antes dos realidades conceptuales unidas por vasos comunicantes. Así, la distinción entre Moral y Derecho aparece en la filosofía de Ortega y Gasset del siguiente modo: “Todo un linaje de los más soberanos espíritus viene pugnando siglo tras siglo para que purifiquemos nuestro ideal ético, haciéndolo cada vez más delicado y complejo, más cristalino y más íntimo. Gracias a ellos hemos llegado a no confundir el bien con el material cumplimiento de normas legales, una vez para siempre adoptadas, sino que, por el contrario, sólo nos parece moral un ánimo que antes de cada acción trata de renovar el contacto inmediato con el valor ético en persona”³

La cuestión es que, dejando a un lado el debate abierto *in saecula saeculorum* sobre la atemporalidad de determinadas máximas morales, y el de las circunstancias de tiempo y lugar como factores condicionantes de la determinación de lo que es éticamente correcto (cuestionable para los planteamientos dogmáticos), ya hemos apuntado la importancia de los postulados éticos en la conformación del Derecho y añadido ahora que también en su aplicación⁴, en la

² MONTUSCHI, L.: “Ética privada vs Ética pública”, Serie Documentos de Trabajo, núm. 548; Área: Ética y Ciencia Política, Universidad del CEMA, Buenos Aires, Argentina, 2014, pág. 24. Su trabajo puede consultarse a texto completo en:

<http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/548.pdf>

³ *Meditaciones sobre el Quijote*, publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1914, pág. 26

⁴ Volvamos nuevamente a la enseñanza de Aristóteles, quien al aludir a un tercer criterio de distinción de lo justo y lo injusto (*Retórica* I, 13, 1373b, 13.3), señala lo siguiente: “... puesto que hay dos especies de actos justos e injustos (ya que unos están fijados por escrito y otros no están escritos), los que acaban de tratarse son aquellos de que hablan las leyes, mientras que hay dos especies de los no escritos. Y éstos son, por una parte, los que (se califican) según su exceso, sea de virtud, sea de vicio... y, por otra parte, los que (cubren) lagunas de la ley particular y escrita. Porque, en efecto, lo equitativo parece ser justo, pero lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita. Ello sucede, ciertamente, en parte con la voluntad y, en parte, contra la voluntad de los legisladores: contra su voluntad, cuando no pueden reducirlo a una definición, sino que les es forzoso hablar universalmente, aunque no valga sino para la mayoría de los casos. También (sucede esto) en aquellos casos que no son fáciles de definir a

hermenéutica jurídica y en la integración del Derecho como sistema que no nace *ex nihilo*, ni resultaría tal si se concibiera como una arquitectura de ordenación de las conductas humanas puramente formal, sin componente axiológico o valorativo que, en última instancia, remite a la Ética.

Aun partiendo de la distinción entre los principios éticos y las normas jurídicas, entre la Ética y el Derecho, sería un gran error ignorar el papel que la Ética juega y seguirá jugando para la convivencia social, que, a su vez, está regida por el ordenamiento jurídico.

Despojada de concepciones dogmáticas que pueden llevar a identificar la Ética con una determinada moral que se impone a toda costa, lo cierto es que, de un modo u otro, desde diferentes planteamientos, las corrientes filosóficas que han indagado sobre la Ética admiten la influencia de los postulados éticos en la configuración del Derecho.

Promoder, la Asociación de Antiguos Alumnos de Derecho de Granada, graba en los trofeos que entrega a los mejores expedientes académicos el lema que más contundentemente y sintéticamente refleja el alma del Derecho: *HONESTE VIVERE, ALTERUM NON LAEDERE, SUUM CUIQUE TRIBUERE*. Son los “*tria praecepta iuris*” que Ulpiano recoge en sus *Instituta*. Estamos ante ocho palabras que compendian los postulados éticos por excelencia para el comportamiento del hombre en sociedad. Vivir honestamente, no causar daño al otro y dar a cada uno lo suyo son máximas morales; reglas para el recto comportamiento humano, para conducirse en la vida rectamente y, en definitiva, son principios de la Ética quintaesenciada que han sido recepcionados por el Derecho, al que insuflan vida.

No nos referimos al Derecho antiguo. No es casualidad que los “*tria praecepta iuris*” de Ulpiano, que siguen embelesando a los estudiantes de Derecho en primero de carrera, aparezcan recogidos en el Libro I, título 1,10.1 del Digesto de Justiniano, bajo la rúbrica «*De iustitia et iure*»⁵

¿Demasiado simple verdad?

causa de su indeterminación..., pues se le pasaría la vida a quien intentase su enumeración. Si algo es indefinido, pero conviene legislarlo, es necesario que se hable de ello simplemente...” Consulto este texto en la *Retórica* de Aristóteles publicada por la editorial Gredos en 1999 -introducción, traducción y notas a cargo de Quintín Racionero-, pág. 285.

⁵ Ulpiano enseña en sus Instituciones que el término "Derecho" viene de "Justicia", en lo que coincide con Celso, para quien el Derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo.



Así lo debió ver Kelsen, pues realiza una dura crítica a esa noción de la Justicia al señalar: “En efecto, No resulta difícil demostrar que se trata de una fórmula completamente hueca. El interrogante fundamental “¿qué puede considerar cada cual como «suyo» realmente? queda sin respuesta”⁶.

Aun reteniendo todo lo anterior, aceptará el lector que opere ya otra simplificación y me detenga en lo obvio: el Derecho regula las conductas humanas mediante reglas que reconocen derechos o imponen obligaciones, cuyo incumplimiento puede ser sancionado porque cuenta con el respaldo de la coacción institucionalizada⁷, como característica propia de las normas jurídicas, a diferencia de las reglas de conducta que se extraen de la Moral o la Ética⁸.

Del mismo modo, Rudolf Von Ihering destaca que “el Derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el Derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerlo efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el Derecho en su impotencia; se completan recíprocamente; y el Derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza”⁹.

⁶ Kelsen, H.: *¿Qué es la Justicia?*

⁷ Kelsen pone el acento en la coacción como rasgo característico de las normas jurídicas. La norma define una conducta que constituye la condición de una sanción y establece dicha sanción. En su *Teoría Pura del Derecho* considera que si el Derecho no fuera un orden coactivo, no sería posible distinguir las normas jurídicas de otras normas sociales. Sin perjuicio de lo anterior, en el contexto de este trabajo no puede olvidarse un matiz complementario como el que introduce BUSTAMANTE ALARCÓN, R., al señalar que la moral hace referencia a valores, principios y criterios que sirven de guía para la conducta humana. Se expresa de manera más o menos inmediata en normas –en un deber ser–, cuya diferencia con las normas sociales y jurídicas no radica realmente en la ausencia de coacción, sino en el origen autónomo de las normas morales y en el heterónimo de las sociales y jurídicas. Mientras en las primeras la coacción proviene exclusivamente de la conciencia moral del propio individuo que se siente compelido a seguirlas, en las dos últimas la coacción reside en el grupo social o en el poder político que las sostiene (en su tesis doctoral, titulada *Entre la Moral, la Política y el Derecho: el pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*, 2008, publicada por la Universidad Carlos III de Madrid, págs. 227 y 228).

⁸ En este punto, resulta de interés el concepto de la ley que adopta Platón, que figura en el siguiente fragmento de *La República (en varias ocasiones propuesto como prueba de selectividad)*: “V- Te has vuelto a olvidar, querido amigo -dije-, de que a la ley no le interesa nada que haya en la ciudad una clase que goce de particular felicidad, sino que se esfuerza por que ello le suceda a la ciudad entera y por eso introduce armonía entre los ciudadanos por medio de la persuasión o de la fuerza, hace que unos hagan a otros partícipes de los beneficios con que cada cual pueda ser útil a la comunidad y ella misma forma en la ciudad hombres de esa clase, pero no para dejarles que cada uno se vuelva hacia donde quiera, sino para usar ella misma de ellos con miras a la unificación del Estado”.

⁹ R. V. IHERING: *La Lucha Por el Derecho*, Traducción del alemán por Adolfo González Posada, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1974. El texto citado figura en la Introducción, cap. I.

Por obvia que parezca es necesaria una precisión más sobre la característica del Derecho que expresa el monopolio del uso legítimo de la fuerza dentro de un territorio dado: Agustín Squella señala que “si el Derecho se atribuye el monopolio de la fuerza, no es ciertamente para reducirse a ésta y legitimar su reinado entre los hombres. Todo lo contrario, el Derecho procede de ese modo con el fin de conseguir la paz, esto es, de eliminar toda otra fuerza que no sea la propia. Si el Derecho no se atribuyera el monopolio del uso de la fuerza, centralizando su ejercicio a través de órganos jurisdiccionales y coactivos independientes, entonces sí que lo más probable sería que el devenir de las relaciones sociales quedara librado a lo que usualmente se llama «la ley del más fuerte»¹⁰”.

Resulta de interés destacar también la nota de la “sociabilidad” a la que acude López Calera al abordar la distinción entre Derecho y Moral. En este sentido, considera que puede afirmarse que dicha nota deja en gran manera diferenciados estos dos tipos de normatividad, ya que la Moral en sentido estricto busca de modo directo la perfección total del individuo, mientras que el Derecho trata de realizar al hombre en la vida social, procurando la paz social y el bienestar común¹¹.

Después de analizar los rasgos distintivos de la Ética y del Derecho, me permito la osadía de realizar una aproximación al concepto de la Ética mediante una fórmula sintética, más o menos pacífica, definiéndola como una rama de la filosofía, cuya reflexión se centra en los comportamientos del ser humano desde una perspectiva singular y trascendental¹² que permite el discernimiento entre lo bueno y lo malo.

¹⁰ SQUELLA, A.: “El Derecho y la fuerza”; *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núms. 15-16, vol. II (1994), pág. 812. Disponible en edición digital a texto completo a través del siguiente enlace: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-derecho-y-la-fuerza-0/00693ece-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>

¹¹ LÓPEZ CALERA, N. M.: *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 1963, págs. 104. En este punto se remite el autor a lo expuesto por RECASÉNS SICHES, L. (*Tratado General de Filosofía del Derecho*, 2ª ed., México, 1961, pág. 178) y RUIZ-GIMÉNEZ, J. (*Introducción a la Filosofía jurídica*, 2ª ed., EPESA, Madrid, 1960, pág. 180).

¹² Trascendental porque en muchas de las decisiones que a diario tomamos no existe, en puridad, ningún dilema ético. Así, cuando adquirimos un billete de avión y optamos por un asiento próximo a la ventanilla o al pasillo. Cuando podemos llegar a un lugar eligiendo una u otra ruta según nuestras preferencias, etc., tomamos decisiones que pueden ser estudiadas por alguna de las ciencias del comportamiento humano, pero no, desde luego, por la Ética.



4. ÉTICA PÚBLICA: AGENTES Y OBJETO

Estimado lector, he convenido una definición de Ética y acabo de indicar su delimitación y conexión con el Derecho. Quizá rudamente y de una manera simplista, incapaz de reflejar –siquiera sea descriptivamente– uno de los debates filosófico-jurídicos más apasionantes para el ser humano, concebido por Aristóteles como *zoón logikón* y *zoón politikón*, o, lo que es igual, para la dimensión social y política del hombre, iluminada por la razón.

En cualquier caso, considero que el propósito de introducir y guiar al lector hacia la cuestión central de este artículo está cumplido. Si la Ética permite el discernimiento entre lo bueno y lo malo, hemos de preguntarnos qué significa la “Ética pública”. Ya he adelantado la existencia de un contexto que explica la proliferación de “éticas”, una situación a la que conviene el dicho de que “los árboles no dejan ver el bosque”, porque la multiplicación de “éticas” mengua la visión la ÉTICA como sistema y la desvaloriza. Igual que sucede en el dicho popular, nos centramos en el detalle, en la parte (árboles, ramas y arbustos), y perdemos de vista la enriquecedora contemplación del todo (el bosque).

No niego que existan fundamentos para la distinción entre Ética pública y Ética privada, pero también los hay –y muy serios– para impugnar la actual delimitación que se pretende realizar entre ambas, tanto desde el punto de vista subjetivo, como objetivo¹³.

Adopto un planteamiento crítico, aunque asumo que las definiciones que se han realizado de la “Ética pública”, considerándola como una parte de la Ética con rasgos propios no carecen de fundamento y son aceptables si no se cae en una tentación reduccionista que sí acarrea efectos perniciosos.

Dicho esto, sólo puede seguir avanzando en el análisis propuesto formulando una definición de Ética pública o aceptando alguna de las que se han ofrecido, cosa que hago de manera matizada.

¹³ GONZÁLEZ PÉREZ se remite al artículo publicado por Rafael Termes en ABC el 8 de junio de 1995 bajo el título *¿Ética pública y ética privada?* para recordar que Millán-Puelles considera que “la ética pública, que es la que rige el comportamiento del hombre, precisamente en cuanto ciudadano, no es otra que una concreción, en este campo, de las objetivas, permanentes y universales normas éticas (GONZÁLEZ PÉREZ, J.: “Ética en la Administración Pública”, Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, núm. 73, 1996, pág. 119, nota 6).

Luisa Montuschi señala que la Ética pública se refiere al comportamiento de agentes cuyo objetivo debería ser el bien común, sin beneficios especiales para el funcionario involucrado¹⁴.

Desde la perspectiva de los valores que llevan a asumir determinadas reglas de conducta y del origen externo o interno de ese comportamiento y la motivación que lo guía, tiene sentido asumir la existencia de una Ética pública distinguible de la Ética privada, que según Peces Barba permitiría establecer “qué contenidos de moralidad deben incorporarse al Derecho”, teniendo en cuenta que “la moralidad individual” conduce a la persona que lo asume hacia metas de salvación, de virtud, de bien o de felicidad. Para dicho autor, uno de los rasgos más estables que identifican la modernidad es, precisamente, esta distinción. En este sentido, expresa: En efecto, el fin a alcanzar, o el objetivo de la Ética pública, moralidad del Derecho o justicia, como tradicionalmente se le denomina, es orientar la organización de la sociedad para que cada persona pueda alcanzar el desarrollo máximo de las dimensiones de su dignidad”¹⁵.

Rodríguez Arana señala que la Ética pública, en una primera aproximación, estudia el comportamiento de los funcionarios en orden a la finalidad del servicio público que le es inherente. Para él se trata de la “ciencia que trata de la moralidad de los actos humanos en cuanto realizados por funcionarios públicos”. En este sentido, considera que la Ética pública es, como la Ética en sí misma, una ciencia práctica. Es ciencia porque el estudio de la Ética para la Administración Pública incluye principios generales y universales sobre la moralidad de los actos humanos realizados por el funcionario público o del gestor público. Y es práctica porque se ocupa fundamentalmente de la conducta libre del hombre que desempeña una función pública, proporcionándole las normas y criterios necesarios para actuar bien¹⁶.

Por su parte, Luisa Motuschi, refiriéndose a los intentos de identificar la Ética pública como rama de la Ética política, sostiene que se pueden identificar importantes diferencias en los aspectos éticos o morales que cubren. La primera viene a cubrir “los procesos que se refieren a los agentes públicos y a los métodos

¹⁴ MOTUSCHI, L: op. cit., pag. 17.

¹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: “Ética pública-ética privada”, Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época, Tomo XIV, 1997, pág. 534.

¹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *La dimensión ética de la función pública*, INAP, Madrid, 2013, pág. 28.



y objetivos que siguen y el comportamiento que observan en sus funciones”; la segunda “es identificada como la Ética de la política (o de la política pública) y se manifiesta en juicios acerca de las políticas y las leyes”¹⁷.

Creo que son definiciones aceptables como punto de partida para realizar el análisis que pretendo, pero en mi opinión se quedan cortas. Propugno la ampliación del concepto de Ética pública para que en ella tengan cabida no sólo los comportamientos de políticos y empleados públicos, sino los de los ciudadanos e instituciones que se desenvuelven en la esfera de lo público y se relacionan con la “*res pública*”. Si no se adopta este concepto estamos ignorando la transformación de la sociedad y del Estado. Si no se tiene en cuenta la pléyade de actores que conforman el espacio público e interactúan con los poderes públicos seguiremos incurriendo en un gran error, porque realzar los imperativos éticos que conciernen a los políticos y a los servidores públicos en general para tratar de corregir comportamientos desviados y casos de corrupción, es ver tan sólo una parte del problema.

El cambio de enfoque que propongo es relevante. En relación con lo que acabo de señalar, traigo a colación lo que expuso en abril de 1997 Lord Nolan, Presidente del Comité sobre normas de conducta en la vida pública en el Reino Unido, durante la lección inaugural de las Jornadas sobre ética Pública celebradas en Madrid. En su intervención subrayó la importancia que tuvo la inclusión en el informe Nolan de “otros organismos que desempeñen funciones con fondos públicos... es decir, organismos que no son necesariamente «organismos públicos» en el sentido tradicional... deberíamos examinar organismos muy diferentes, compañías privadas y organizaciones caritativas que ofrecen servicios públicos con fondos provenientes del bolsillo del contribuyente”¹⁸

En efecto, he aceptado como punto de partida las definiciones antes mencionadas, pero no puedo dejar de destacar los interrogantes que plantea la propia división entre Ética pública y Ética privada y las dificultades para delimitar una y otra. Ejemplo de lo que se dice son las preguntas que se contienen en el documento de conclusiones del seminario sobre Ética pública celebrado en Chile en septiembre de 2011 (Comisión Técnica Especial de Ética Pública, Probidad administrativa y

¹⁷ MONTUSCHI, L.: “Ética privada vs Ética pública”, op. cit. pág. 16.

¹⁸ LORD NOLAN: “Lección Inaugural”, *Jornadas sobre ética Pública, Madrid 15 y 16 de abril de 1997*, INAP, colección informes y documentos, primera edición, 1997, pág. 28.

transparencia), que figura publicado por la Contraloría General de la República de Chile (órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado).¹⁹ En efecto, si se admite como se indica en dicho documento que es frecuente oír hablar de Ética pública y Ética privada como dos esferas de la Ética, y se acepta que la primera tendría “en el centro de sus reflexiones normativas el interés público o el bien común”, propio de las instituciones públicas, y la segunda “se estructura a partir de las relaciones en el mundo de los negocios, marcado por el interés individual y la expectativa de ganancia”, es necesario plantearse, como se hizo en dicho seminario, las siguientes preguntas: ¿Son tan claramente diferenciables estas esferas? ¿Tienen puntos en común? ¿Es posible identificar ejemplos de puntos de conexión entre el interés público y el privado? ¿Cómo resolver los conflictos éticos que en esos puntos de conexión pudiesen plantearse, por ejemplo, en las contrataciones públicas? Por otro lado, en cuanto a la Ética privada, ¿se referirá sólo a los negocios y al ámbito empresarial? ¿Qué ocurre con las diferentes “éticas” que enmarcan el accionar de las personas?

Como puede verse, aunque se acepte la distinción, son muchas las dificultades de deslinde entre Ética pública y Ética privada, y desde luego sería un error creer que dicho debate no es reconducible al que plantea la Ética en general proyectada sobre los diversos ámbitos de acción del ser humano.

Según el documento de conclusiones antes referido, el debate del seminario se centró en determinar cuáles son las características más reconocibles de la Ética pública y de la privada, así como los “objetivos” perseguidos por una u otra.

Pese a la dificultad de la distinción y a la crítica que suscita el hecho de que el distingo Ética pública-Ética privada se haya enfatizado para apartar el foco de la Ética de determinados ámbitos y justificar varas de medir diferentes; una vez que la distinción se ha efectuado, creemos que para que el debate sobre Ética pública sea fructífero debe centrarse en verificar si es posible identificar un denominador común en las diversas teorías existente al respecto. Seguidamente deberíamos preguntarnos si no es necesario aquilatar esa común noción, reconduciendo al ámbito de la Ética pública algunos comportamientos que han escapado de su atención por las gateras intelectuales que han construido pretendidos teóricos de lo

¹⁹ Procede del Seminario sobre Ética Pública, celebrado en Chile en septiembre de 2011, Comisión Técnica Especial de Ética Pública, Probidad administrativa y transparencia. Puede consultarse en el portal de la citada Contraloría General, a través del siguiente enlace: [Ética pública vs. Ética privada](#).



ético con autoridad para decidir dónde se han de poner los hitos de la Ética pública que marcan las lindes con la Ética privada.

Pero establecer los linderos entre Ética pública y Ética privada no es tarea fácil, porque en muchos puntos aparecen sinuosos y difusos. Creo que la definición subjetiva y objetiva que se ofrece actualmente es demasiado sencilla y olvida comportamientos que han de ser éticamente enjuiciados desde una misma perspectiva.

El punto de partida condiciona las distintas definiciones que se han dado de Ética pública, aunque muchas de ellas coinciden en cuanto a los sujetos cuyos comportamientos deberían estar determinados por lo que llamamos Ética pública. Esas definiciones tienen en común la identificación del ámbito subjetivo de la Ética pública, que se ceñiría a los cargos y empleados públicos.

¿De verdad puede pensarse que la Ética pública es algo sólo referible a políticos y empleados públicos y no concierne al comportamiento de los ciudadanos, partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, colegios profesionales, asociaciones, medios de comunicación, empresas y demás actores cuando se desenvuelven en la esfera pública?

El planteamiento reduccionista incurre, a mi juicio, en un error, al menos en determinadas áreas de actuación de lo público es un craso error; en el Estado social y democrático de Derecho, las Administraciones Públicas fomentan o despliegan todo tipo de actividades y no se relacionan con los sujetos enunciados como si fueran simples receptores de bienes o servicios. Antes al contrario, son muchas las vías por las que dichos sujetos participan en las políticas públicas, a veces como auténticos codecisores. Más frecuentemente orientan las decisiones de legisladores y gobiernos en un determinado sentido e incluso crean un clima propicio para predeterminar futuros pronunciamientos judiciales, a veces no sólo en beneficio propio sino con clamoroso olvido —por desgracia— del interés general.

¿Concierne o no a la Ética pública que un sindicato o una organización empresarial reciba una millonaria subvención y no la aplique a la finalidad que motivó su concesión?

¿Acaso pertenece a la Ética privada la falta de democracia interna de los partidos políticos o la violación de las normas que regulan su financiación? Evidentemente no, porque según la Constitución Española, 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, de manera tal que nuestra Carta Magna obliga a que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos.

¿El comportamiento escandaloso y hasta delictivo en el pasado reciente de algunos miembros de órganos de gobierno y de control de las Cajas de Ahorro debe examinarse desde la Ética privada o desde la Ética pública? ¿Acaso no han sido consideradas las Cajas entidades “atípicas”, según ha expresado el Tribunal Constitucional, sin finalidad de lucro; entidades que no pueden perseguir distribuir beneficios y han de dedicar el excedente de sus rendimientos a su obra social? ¿Dada su peculiar naturaleza, desde qué clase de Ética han de ser juzgados dichos comportamientos y los que han dado lugar a la burla de los principios de democratización de los órganos y profesionalidad en la gestión de las Cajas?²⁰ La respuesta para mí es clara, como lo es, seguramente, para el conjunto de los ciudadanos que se han visto obligados a sufragar con sus impuestos las dotaciones de fondos necesarias para evitar la quiebra del sistema financiero. Los comportamientos indecentes de algunos directivos de esas Cajas conciernen a la Ética pública, y no me refiero sólo a los miembros de los órganos de gobierno designados por las Administraciones Públicas.

Voy más lejos: el fraude fiscal cometido por empresarios, afamados deportistas, cantantes, periodistas o ciudadanos anónimos que crean conglomerados societarios en paraísos fiscales o trasladan ficticiamente su residencia a otros países (o a territorio de otras Comunidades Autónomas); lugares en los que no residen habitualmente, para eludir el pago de los impuestos que deberían satisfacer a la Hacienda Pública, si ha de ser enjuiciado por alguna ética, es por la Ética pública. ¿Acaso el deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas es algo que puede ser enjuiciado desde una Ética privada? ¿No son tales deberes expresión de la solidaridad entre todos los españoles y de la justicia?

¿Qué reproche ético merece el periódico que hace gala de su independencia y de la búsqueda de la verdad pero filtra sus contenidos y publica sesgadamente una información, manipulándola y amplificando deliberadamente todo aquello que beneficia al grupo empresarial, institución o partido político amigo y daña a los rivales o adversarios políticos? No creemos que este reproche pueda realizarse desde la Ética privada, pues los medios de comunicación son actores

²⁰ SSTC 49/1988, de 22 de marzo, y 118/2011, de 5 de julio, entre otras.

fundamentales para el funcionamiento del sistema democrático y reciben amparo constitucional por su contribución a la formación adecuada de una opinión pública libre y plural. Desde luego, en el caso de medios públicos de comunicación, sería disparatado apelar en supuestos como el que describimos a reproches desde la Ética privada, pues, como bien indica el artículo 211 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, tales medios deben observar los principios de independencia, pluralidad, objetividad, neutralidad informativa y veracidad.

Se me dirá que con el concepto extenso que adopto casi pierde todo su sentido la distinción entre Ética pública y Ética privada. Lo admito, pero es más consecuente hacerlo, sosteniendo que en esos casos y otros similares tiene más sentido mantener que partimos de la Ética, y admitir también que ésta tiene múltiples proyecciones (“Ética aplicada”), y no tantas “éticas” como ámbitos de actuación o sectores profesionales o de otro tipo existan en una sociedad tan compleja como la que vivimos; éticas a veces confundidas con simples reglas deontológicas²¹, esto es, reglas jurídicas que atañen al ejercicio de determinadas profesiones y cuya infracción constituye presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias características de los Colegios Profesionales (STC 219/1989).

Por ello considero que las “éticas” -en plural- mal entendidas restan valor a la Ética. Pero sobre todo, aun admitiendo la existencia de fundamentos para hablar de una Ética pública como Ética aplicada a un determinado ámbito, mi interés radica

²¹ Sentencia 201/2013, de 5 de diciembre de 2013, FJ 5: [...] Ahora bien, la exigencia de norma de rango legal para su creación, únicamente tiene carácter básico en su aplicación a los colegios de adscripción obligatoria, en la medida en que los mismos ejercen funciones públicas —de deontología y ordenación de la profesión—, y limitan los derechos de los profesionales —el derecho de asociación y la libertad de ejercicio de la profesión—; y en este contexto ha de ser entendido lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley estatal, previsto para un momento temporal en que todos los colegios profesionales eran obligatorios. Dicha exigencia no resulta, sin embargo, de aplicación a los colegios voluntarios, surgidos tras la reforma efectuada por la Ley 25/2009, los cuales carecen de funciones coactivas para la regulación del ejercicio profesional, y se someten al régimen jurídico general de las asociaciones, sin perjuicio de que puedan ejercer funciones de interés general, tal y como expresamente se contempla en el título V de la propia Ley autonómica, que los regula bajo la denominación general de “asociaciones profesionales”.

⁸ A estos efectos, la sentencia del Tribunal Constitucional 201/2013, de 5 de diciembre (FJ 8), precisa lo siguiente: «...las competencias colegiales de ordenación de la profesión han de ir acompañadas de las facultades coercitivas necesarias para hacer posible su ejercicio efectivo, pues como hemos afirmado, “las normas deontológicas aprobadas por los colegios profesionales o sus respectivos Consejos superiores [que] no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la ley delega en favor de los Colegios para ‘ordenar ... la actividad profesional de los colegiados, velando por la Ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares’ [art. 5 i) de la Ley de colegios profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de ‘ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial’. Es generalmente sabido, por lo demás, y, por tanto, genera una más que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales.” (STC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 5).

en hacer notar que debe cubrir los comportamientos cuyas consecuencias se producen en la esfera pública, donde no debería bastar el análisis ético de los comportamientos de cargos públicos y servidores públicos, como si fueran los únicos agentes de la Ética pública, cuando no lo son, como creo que se ha visto en los ejemplos que antes he señalado. Por eso considero primordial la identificación del ciudadano como sujeto agente, y no sólo como sujeto paciente de la Ética pública²². Es más si se sigue desatendiendo este fundamental aspecto del problema difícilmente imperará la Ética en la vida pública, por muchos códigos de conducta y principios éticos que se formalicen y publiquen para guía de los servidores públicos.

Ese entendimiento subjetivo y objetivo de la Ética pública es crucial para solucionar el problema de la regeneración moral de nuestra sociedad, y pasa por la educación de todos los ciudadanos en la Ética pública, sin que ello signifique ningún adoctrinamiento partidista. Pasa también por un cambio de rumbo en el análisis sobre esta materia, pues hasta ahora los estudios se centran en lo evidente y menos impopular, esto es, en el comportamiento de los gestores públicos, que es en donde dichos estudios hacen radicar el origen del mal; la corrupción que aqueja a la *res publica*.²³

²² En este sentido GONZÁLEZ PÉREZ, J, en su exposición sobre “Ética de la función pública: relaciones personales del funcionario público” [remitiéndose al lo expuesto por ARANA MUÑOZ, J., en “La ética en la administración pública”, *Derecho Administrativo, Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 1ª edición, México, Universidad Autónoma de México, 2005], señala lo siguiente: “...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”. Se puede consultar el texto completo en: http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/gonzalez_eticafuncionpublica.pdf

²³ No obstante, aun sin llegar a identificar a los ciudadanos que se interrelacionan con los servidores públicos como sujetos agentes de la Ética pública, algunos trabajos comienzan a destacar que son parte de la solución. Así, me satisface comprobar que HILDA NAESSENS [“Ética pública y transparencia”, en *Actas del XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, 200 años de Iberoamérica (1810-2010)*, coord. por Eduardo Rey Tristán y Patricia Calvo González Santiago, Universidade de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, 2010, págs. 2.115 y 2.116] señala lo siguiente: “Lo importante es no sólo fomentar sino también fortalecer los principios éticos en la mente de quienes ocupan cargos públicos con la intención de que sus actos se rijan por la rectitud y el buen juicio. Hay que vencer la crisis moral existente y propiciar el surgimiento de las virtudes en las personas, en especial en quienes están al frente de las funciones públicas. Se debe educar en la honradez y en la probidad a todos los ciudadanos y, en especial, a los que operan en el ámbito público, a fin de lograr una mayor eficiencia en las operaciones de la función pública. Así se podrá obtener la reivindicación de la imagen de los gobernantes, los funcionarios, los legisladores, los jueces, y de todos aquellos que forman parte del ámbito de acción del servicio público. Al mismo tiempo se devolverá confianza a los ciudadanos, de tal modo que éstos puedan confiar en las instituciones. En la construcción de una cultura Ética se hace necesario un discurso sobre la responsabilidad profesional, instando a políticos y funcionarios a reflexionar sobre sus acciones, resolver los dilemas éticos que surjan a su paso y autoimponerse lineamientos coherentes con los derechos fundamentales y los principios constitucionales.”

En el mismo sentido, L. MONTUSCHI (op. cit., págs. 24 y 25) afirma que la existencia de líderes morales, de arquetipos, personas y grupos, que puedan servir como paradigma del comportamiento en la vida pública y

Comportamientos éticamente deleznable y que atañen al común de los ciudadanos se han amparado en el concepto angosto de Ética pública para escapar al reproche moral que desde el mismo se formula a políticos y funcionarios. Resulta una ingenuidad pensar que puede acabarse con la corrupción introduciendo códigos éticos o principios éticos para complementar las normas que ya regulan imperativamente el comportamiento y la responsabilidad de los cargos y empleados públicos²⁴.

En el Estado del Bienestar son muchos los denominados “actores privados” que, en puridad, han dejado de serlo, porque so capa de su actuación en el “sector privado” y de su organización conforme a los esquemas del Derecho Privado, establecen tupidos y estables vínculos con la Administración, no suficientemente transparentes. En muchos casos, se trata de entidades cuya cuenta de resultados depende en su mayor parte de los fondos públicos, del alimento que les llega de las ubres de la Administración, en forma de subvenciones y contratos generosamente retribuidos. Algunos individuos y organizaciones “privadas”, fuera de los focos de la transparencia, detectan al instante dónde está la tetilla más nutritiva y buscan cobijo en la Administración o en entidades satélites de la misma, lejos de la fiera competencia del mercado. No faltan ocasiones en que esos peculiares “agentes privados” actúan como impostores en la esfera pública, y no contentos con la ventaja y el dominio obtenido fuera del escrutinio público se presentan como abanderados de la Ética y de la transparencia y lanzan todo tipo de diatribas sobre cargos y empleados públicos. Censuran a los funcionarios con la pasión de

representar los ideales y valores a los cuales se debería adherir la sociedad es importante, pero también advierte de que se ha señalado que “la búsqueda de héroes morales en la sociedad constituye un indicador de que sus estructuras son esencialmente inmorales” y, en todo caso, no le falta razón cuando afirma que “una sociedad más ética y moral debería ser el resultado de la incorporación de esos ideales por parte de todos sus integrantes”.

²⁴ A este respecto, GARCÍA MEXÍA afirma lo siguiente: “Lamentablemente, no bastan los códigos éticos para propiciar un menor abuso del poder público. Es preciso disponer también de mecanismos de control, bien *político*, bien *jurídico*, dotados de una imperatividad más intensa («heterónoma», diría Kant) que la propia de los controles positivos o «meramente» éticos («autónoma» en este caso, por seguir empleando la terminología kantiana)”. En esta dirección se refiere a los diferentes tipos de control político, administrativo y jurisdiccionales que pueden frenar estas conductas (GARCÍA MEXÍA, P. L.: “La ética pública: Perspectivas actuales”, op. cit., págs. 155 a 164).

Del mismo modo, RIVERO ORTEGA considera que el replanteamiento de la función administrativa desde la ética es insuficiente para evitar el ejercicio del poder público en beneficio privado, sin perjuicio de que al mismo tiempo considere que no podemos confiar en la amenaza que supone frente a tales comportamientos la responsabilidad penal o patrimonial, como única estrategia preventiva. En esta dirección propone reformas organizativas y de procedimiento con el fin de garantizar el principio de objetividad [RIVERO ORTEGA, R.: “Instituciones jurídico-administrativas y prevención de la corrupción”, en *La corrupción aspectos jurídicos y económicos* (coord. Fabián Caparrós, E.A.), Salamanca, *Ratio Legis*, 2000, págs. 42 y 43].

En esta línea, MEDINA ARNÁIZ se refiere especialmente a la contratación pública como sector “proclive” a la corrupción y analiza diversos aspectos en los que puede mejorarse la normativa aplicable con la finalidad de neutralizar la corrupción (MEDINA ARNÁIZ, T.: “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, núm 7382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, págs. 6-16).

Demóstenes, y les echan filípicas por ineficientes, legalistas, retardadores de proyectos, y privilegiados. Lo hacen confundiendo churras con merinas, ignorando la penuria de medios con que trabajan y su entrega a la carrera profesional, a la que se accede —según exige la Constitución— por criterios de mérito y capacidad; una carrera a la que no pocos funcionarios se entregan en cuerpo y alma, dedicándose a ella con exclusividad, lo que les impide el desempeño de puestos en el sector privado, que con su presencia ganaría mucho en eficacia y moralidad.

Luisa Montuschi subraya, en este mismo plano, la importancia de analizar los procesos de razonamiento moral que conducen a la toma de decisiones tanto en lo privado como en lo público; comparto con ella buena parte de las consideraciones críticas que formula al abordar la dicotomía entre Ética pública y Ética privada. Al preguntarse si es aceptable que los principios éticos aplicables en un ámbito no sean aplicables en el otro, su respuesta es clara: “Resulta difícil, y también arbitrario, pretender diferenciar a las personas y sus acciones de acuerdo con el ámbito en el cual se desempeñan”. Considera inaceptable que el juicio de lo ético se efectúe según el contexto en el que una acción pueda inscribirse²⁵. Lo que esta autora viene a señalar es que los valores serán los mismos con independencia del contexto en el que se desenvuelve una persona. Con razón se niega a aceptar que una acción sea ética o no simplemente porque se realice en uno u otro ámbito, señalando que una persona no puede ser ética en su vida privada y no ética (o corrupta) en la vida pública²⁶. Y viceversa, debería añadirse.

En esta línea, subrayo la extensión del concepto de Ética pública a cuestiones donde el intento de delimitación es peliagudo. Así, traigo a colación el caso de la esposa que solicita al juez que extraigan semen de los testículos de su marido, muerto horas antes en un accidente de tráfico, para su fecundación, ya que no han

²⁵ MONTUSCHI, LUISA: “Ética privada vs Ética pública”, Serie Documentos de Trabajo, núm. 548; Área: Ética y Ciencia Política, Universidad del CEMA, Buenos Aires, Argentina, 2014, págs. 11, 13 y 14. Señalo nuevamente que su trabajo puede consultarse a texto completo en:

<http://www.ucema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/548.pdf>

Difícil porque, como ella misma señala, los contextos en los que nos desenvolvemos podrían ser identificados en algunas circunstancias como públicos y en otras como privados: El ser humano, como ella sostiene, se sitúa en ambos contextos y es influenciado por ellos, del mismo modo que con sus acciones podrá ejercer efectos sobre los mismos.

²⁶ En la misma línea de negación del relativismo ético pueden verse otros dos trabajos suyos: MONTUSCHI, L. “*Negocios globales, relativismo cultural y códigos de Ética*”, Anales 2003 de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, Buenos Aires, 2005; MONTUSCHI, L., “*Ética y razonamiento moral. Dilemas morales y comportamiento ético en las organizaciones*”, Documentos de Trabajo de la Universidad del CEMA núm. 219, julio 2002

tenido hijos en común y la viuda desea ser madre. El juzgado adopta la medida cautelar y se extrae el semen del cadáver para la posible inseminación. Posteriormente, la viuda solicita la inseminación y hace unos días (13 de noviembre de 2015) se ha conocido la desestimación de la solicitud por el Juzgado. La decisión no se basa en consideraciones éticas, sino en la aplicación de la Ley de reproducción asistida (en concreto, no constaba autorización del fallecido expresada en testamento, instrucciones previas u otro documento que probara fehacientemente su voluntad al respecto). En el supuesto referido, ¿estamos ante un problema de “Ética privada”? No. Estamos ante una cuestión Ética que, desde el punto de vista jurídico, tiene solución en una norma legal, pero otros muchos interrogantes se plantean en el terreno de la bioética y en estos momentos están siendo objeto de un vivo debate. Sostener que estos casos son ajenos a la “Ética pública” es un error, y no sólo porque involucren en mayor o en menor medida la utilización de recursos y medios públicos.

Se me objetará, nuevamente, que adopto un concepto muy extenso de Ética pública y que de ese modo se corre el peligro de restar fuerza a su significado y al planteamiento que llevó a su diferenciación de la Ética privada. Soy consciente de que esta definición no se ajusta a la que se viene ofreciendo sobre la Ética pública en las últimas décadas, pero justamente ahí radica una parte esencial del problema, que se explica en el contexto de la proliferación de “éticas” y la degradación de la ÉTICA, en singular, a la que podrían reconducirse buena parte de estos debates, con resultado fructífero.

En 1963, López Calera, profesor de filosofía del Derecho en la Universidad de Granada, señaló con todo acierto que en el caminar del pensamiento filosófico-moral se pueden observar históricamente flujos y reflujos de ideas y sistemas, a veces contradictorios, cuyas influencias se han dejado sentir rápidamente en el campo de la Filosofía del Derecho, dado que la investigación jusfilosófica se incluye dentro de la Filosofía Moral. Constataba entonces que la Moral y el Derecho aparecen, especialmente, en la segunda mitad del XIX, como variables según los "ciclos históricos", como diría Jacques Maritain. Me pregunto qué diría ahora, mi querido profesor, cuando asistimos a vertiginosos cambios sociales, en los que ya es dudoso que pueda hablarse de “ciclo” y más bien se está produciendo un seísmo; un giro radical en los comportamientos sociales y modos de vida, acelerado por cambios tecnológicos y un materialismo ciego que ha dañado

seriamente el medio ambiente y constituye una amenaza presente y futura para la supervivencia del ser humano²⁷.

5. ACUÑACIÓN LEGAL DE “PRINCIPIOS ÉTICOS”

Doy por conocidos los antecedentes de los denominados códigos éticos y la vinculación que los expertos han establecido entre la recepción de “códigos éticos” o principios éticos y las recomendaciones de organizaciones internacionales como las de la OCDE²⁸.

Vaya por delante que estoy plenamente de acuerdo con el objetivo que por diversas vías se ha propuesto desde las organizaciones internacionales y con la meta que se han marcado numerosos países al abordar la cuestión del comportamiento de los cargos y empleados públicos con arreglo a patrones éticos. El problema es cómo conseguirlo. Sabemos que se han ensayado diferentes fórmulas y que en algunos países se ha optado por la inclusión de “códigos éticos” en normas legales o reglamentarias. Un análisis de Derecho comparado en la materia sería muy ilustrativo, pero desborda el cometido que me he asignado en este estudio.

A este respecto, resulta inevitable la referencia al informe de la Comisión nombrada por el Gobierno de España para la elaboración del Estatuto Básico del Empleado Público (Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP), presentado por la Comisión de expertos el 25 de abril de 2005, cuyo apartado XVI se intitula «Código ético y deberes de los empleados públicos».

²⁷ Adoptemos otra actitud, siguiendo a Séneca: “¿Cómo ha de vivirse con los hombres? ¿Qué hacemos? ¿Qué preceptos damos? ¿No derramar sangre humana? ¿Es poca cosa no perjudicar al que deberíamos ayudar? ¿Grande alabanza es para un hombre ser dulce con otro hombre! ¿Le enseñaremos á tender la mano al naufrago, á mostrar el camino al extraviado y á compartir su pan con el hambriento? ¿Por qué he de entretenerme en mostrar todo lo que debe hacerse ó evitarse, puesto que brevemente puedo enseñar todos los deberes del hombre con esta fórmula: «Este mundo que ves y que encierra las cosas divinas y humanas es un todo: miembros somos de este gran cuerpo. La naturaleza nos hizo hermanos á todos, engendrándonos de de la misma materia y para el mismo fin Inspironos mutuo amor y á todos nos hizo sociables: ella estableció la justicia y la equidad: según su constitución, mayor mal es causar una injuria que recibirla, y según sus órdenes, dispuestas deben estar siempre las manos para el bien” (LUCIO ANNEO SÉNECA: Epístolas Morales (Epístola XCII: Rechaza a los epicúreos...). Traducción directa de latín por Francisco Navarro y Calvo; Luis Navarro, editor, Madrid, 1884, pág. 421).

²⁸ La pasión puesta en esta tarea se hace patente en el libro *Las reglas del juego cambiaron: La lucha contra el soborno y la corrupción*, OCDE, 2000. En su prefacio se destaca la apuesta por la prevención mediante sistemas integrados, incluyendo el “manejo de la ética” (expresión un tanto desafortunada, como otras que se emplean — “infraestructura de la ética” —, dado lo que la Ética significa) y se alude a los principios diseñados para fomentar la ética en el servicio público. El marco legal, se dice en el prefacio (pág. 12) es “la base para comunicar las normas mínimas obligatorias y los principios de conducta que debe seguir todo servidor público”. Dicho lo anterior, destacamos la siguiente afirmación contenida en la pág. 4: “para garantizar que las estrategias contra la corrupción cumplan sus promesas se requiere, más que nada, la voluntad política constante de alto nivel”.

Como destaca Rodríguez Arana, los autores del informe constatan la existencia de varios códigos de ética y conducta de empleados públicos en algunos Estados y Organizaciones Internacionales, con contenidos análogos pero consecuencias jurídicas bien dispares en muchos casos, y el impulso de estos códigos desde la OCDE y el Consejo de Europa viene dado por la necesidad de fortalecer la institucionalidad y recuperar la confianza perdida entre ciudadanos y gobiernos.

Rodríguez Arana se muestra a favor de dichos códigos, recordando que desde 1990 viene argumentado en sus publicaciones sobre ética pública que su existencia “al menos sirve para difundir los valores del servicio público en la sociedad y entre los ciudadanos y así colaborar al respeto y prestigio del trabajo al servicio objetivo del interés general”²⁹.

En este orden de ideas, hace notar el profesor Rodríguez Arana que “mientras algunos países han creado Códigos éticos elaborando un catálogo de deberes deontológico, España y los países de Derecho Administrativo continental han seguido la tradición de la regulación legal de los deberes y obligaciones de los empleados públicos”.

Justamente aquí radica el motivo de la confusión conceptual a la que me refiero en este estudio: si se apuesta por la tradición de la regulación legal de los deberes y obligaciones de los empleados públicos, ¿qué sentido tienen que esos deberes se presenten como código ético o principios éticos? El profesor Rodríguez Arana explica su postura del siguiente modo: “La cuestión no es baladí y enlaza con una curiosa doctrina que todavía sigue proponiendo que la sola promulgación de la ley o la publicación de un reglamento transforman inevitablemente la realidad y la conducta de los ciudadanos. A quienes patrocinan estas taumaturgias versiones de la actividad de legislación en sentido amplio habría que decirles que es menester para que ello se produzca una no pequeña educación cívica y una Administración bien preparada para ejecutar razonable y sensatamente el contenido de las leyes.”

Son muchos los juristas que pueden compartir esas aseveraciones finales. En este sentido, González Pérez se remite al libro de Michel Crozier “No se cambia la sociedad por decreto” (traducida al español y publicada por el INAP en 1984) y

²⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *La dimensión ética de la función pública*, INAP, Madrid, 2013, pág. 114.

añade que tampoco se cambia la sociedad por la intervención de la Administración Pública³⁰

Personalmente, no me resigno a creer agotado el potencial transformador del Derecho en este ámbito, aunque coincido con Rodríguez Arana y González Pérez en las limitaciones de las normas jurídicas para erradicar las conductas desviadas que hemos descrito. Comparto plenamente la opinión de Rodríguez Arana sobre la necesidad de una gran educación cívica, sin la cual creo que es imposible desterrar del ámbito público los comportamientos opuestos a la Ética (o, si se quiere, contrarios a la Ética pública), pero me muestro crítico con la propuesta del citado profesor, ya que al avalar la acuñación legal de los códigos éticos cambia una taumaturgia por otra.

Los “principios éticos” que los expertos propusieron para su integración como “código ético” son deberes jurídicos, quizá hasta entonces deficientemente sistematizados y explicitados en opinión de los expertos, pero deberes jurídicos al fin y al cabo, y no reglas éticas, a menos que se subvierta el concepto de lo ético y de lo jurídico. Y una cosa es que el listado de deberes “deba inspirarse en los principios de ética y conducta”, como indican los expertos, y otra bien distinta es que tales deberes se identifiquen como principios éticos que los funcionarios públicos están obligados a acatar bajo la amenaza del *ius puniendi*. Repárese en la diferencia con el concepto de código ético que expone García Mexía al señalar lo siguiente: “... el código de conducta tal y como aquí lo entenderemos, define conjuntos más o menos ordenados de reglas, tendentes a asegurar comportamientos éticos, pero carentes de la inexorabilidad (Recasens Siches 1983, 223; 240-3) propia de la norma jurídica. Puede incluso añadirse que, más que de reglas, un código ético o de conducta se compone de postulados o principios, de pautas de actuación, más amplias y genéricas que las normas jurídicas. Éste es también el sentido que entre nosotros otorga Villoría (2000, 176-181) a su concepto de código de conducta «orientador» (en tanto que no jurídicamente sancionatorio), por contraposición al código de conducta «normativo» (dotado de sanciones de

³⁰ En su opinión, lo que está exigiendo la degradante situación del mundo que nos ha tocado vivir es "una radical renovación personal y social capaz de asegurar justicia, solidaridad, honestidad y transparencia" como se proclama en la Encíclica *Veritatis Splendor* (GONZÁLEZ PÉREZ, J., en el epílogo de su trabajo “Ética en la Administración Pública”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 73, 1996, pág. 158).



naturaleza jurídica, y por ende de necesaria clasificación entre los que denominaremos controles «negativos»³¹

Abundando en lo anterior García Mexía concreta la naturaleza de los llamados códigos de conducta o códigos éticos del siguiente modo: “ los códigos de conducta constituyen mecanismos de control ético-público «positivo», por dos razones: primero, por su fin, ya que pretenden *persuadir* a sus destinatarios, que éstos interioricen sus preceptos, y de este modo actúen éticamente por propio convencimiento, y no como consecuencia del temor a la sanción que la infracción pudiera acarrear; segundo, por su método, ya que se proponen *incentivar* la actuación ético-pública, no merced a recursos punitivos, sino acudiendo a estímulos puramente deontológicos y axiológicos³². Por ello atribuye a dichos códigos “naturaleza puramente declarativa”.

No es un problema nominal; no es cuestión de nomenclatura, los deberes de los empleados públicos sancionados por el Derecho son normas jurídicas, aunque sean bautizados como “principios éticos”, y su potencial transformador no va a cambiar por la apelación a lo ético³³. Es más, si se repasa la enunciación de principios éticos que se realizó en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (derogada por la refundición llevada a cabo por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, TREBEP, que sigue regulando un “código de conducta” que incorpora los principios éticos que se enuncian en dicha disposición legal) se verá que ni son todos los que están, ni están todos los que son, lo que hace aún más incoherente la enunciación de ese catálogo de principios éticos.

³¹ GARCÍA MEXÍA, P. L.: “La ética pública: Perspectivas actuales”, *Revista de estudios políticos*, núm. 114, 2001, pág. 154. Precisamente por ello puntualiza dicho autor lo siguiente: “De distinta naturaleza es en cambio el ya citado «Código modelo de conducta» aprobado en 11 de mayo de 2000 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa... La razón es que, como el propio Código modelo prevé (art. 28), la transgresión de sus disposiciones estará sujeta a sanciones de índole disciplinaria, acerca de cuyo carácter indiscutiblemente jurídico (que no simplemente moral o ético) no es preciso añadir siquiera una línea.

³² GARCÍA MEXÍA, P. L.: *Ibidem*. En este sentido recuerda que los actuales códigos éticos tienen su más claro antecedente en el llamado «Código ético de las funciones y cargos públicos» («*Code of Ethics for Government Service*»), aprobado mediante Resolución conjunta de la Cámara de Representantes y del Senado de los EE.UU. en 1958. En virtud de todo lo dicho, su naturaleza es puramente declarativa.

³³ De hecho ya hemos tenido tiempo de comprobarlo. RODRÍGUEZ ARANA es consciente de ello cuando afirma que no se puede asegurar que “a muchos Códigos, mucha ética o viceversa” (*Ibidem*).

Cuando un principio ético se plasma en una norma con fuerza de obligar, el jurista identifica un deber ser jurídico. Esto no supone negar cualquier virtualidad a la inspiración ética de determinados preceptos jurídicos, al más puro estilo kelseniano, pero a mi juicio es importante que las normas jurídicas se identifiquen y se apliquen en cuanto normas jurídicas, sin dar lugar a la confusión entre Ética y Derecho.

Quizá en este contexto se explica la cita que Lord Nolan realiza de la parte final de discurso de Lord Moulton “Ley y modales”: “Temo que de forma apresurada permitamos que la ley positiva se encargue de velar por el desarrollo de la propia independencia, del sentido del deber personal, y conduzca a la gente a la impresión de que obedeciendo la ley han cumplido con su deber...”³⁴

Por otra parte, el análisis de los antecedentes de las leyes sobre transparencia y códigos éticos de gobierno y función pública en distintos países pone de manifiesto que no suelen ser fruto del análisis paciente, de una larga y sosegada meditación sobre su oportunidad y conveniencia. Por el contrario, muchas de esas normas son una respuesta exprés, un producto jurídico que trata de dar respuesta a situaciones corrupción y desconfianza popular; una respuesta apremiante a un estado de cosas que la opinión pública juzga intolerable.

Esto no deja de ser una constatación empírica que, de por sí, no descalifica las medidas que en tales contextos se adoptan para combatir la corrupción. No obstante, si el legislador no se acuerda de Santa Bárbara hasta que truenan y llega tarde y con prisas, lo más probable es que las normas resulten defectuosas.

En todo caso, como advertí en la introducción, no me propongo examinar detenidamente el contenido de los “códigos éticos” o “principios éticos” que con esa denominación u otra equivalente han sido incorporados en diferentes normas jurídicas, no sólo emanadas del Estado y las Comunidades Autónomas. Lo que pretendo es realizar una valoración global de dichos “códigos éticos” o “principios éticos”, cuyo bondadoso propósito se presume.

Trato de verificar que estoy en lo cierto, que en tales códigos se produce una confusión conceptual y lo hago como indiqué en la introducción, operando a modo de dron-iusfilosófico, ganando unos metros de altura, la suficiente para contemplar

³⁴ LORD NOLAN: “Lección Inaugural”, Jornadas sobre ética Pública, Madrid 15 y 16 de abril de 1997, INAP, colección informes y documentos, pág. 24.

la fisonomía de dichos códigos y confirmar la valoración crítica que sobre los mismos he venido realizando a lo largo de este estudio.

Al realizar ese reconocimiento aéreo observo un colorido mosaico que retrata la imagen de la nueva Administración. Pero no es un retrato acabado; más bien veo una especie de puzzle vivo, con piezas que por momentos cobran movimiento y se recolocan buscando el ajuste final.

En efecto, en ese paisaje *in faciendo*, los principios éticos, en teoría llamados a ocupar el centro del mosaico, se hallan descolocados y a veces solapados con teselas de variados colores, con elementos emergentes de la nueva cultura político-administrativa. Desde el dron-iusfilosófico veo a los principios éticos amalgamados con la buena administración, las buenas prácticas, el buen gobierno, la transparencia, la austeridad, la sostenibilidad financiera... Un paisaje abigarrado donde la claridad conceptual brilla por su ausencia.

Martín Bassols Coma señala, con razón, que, a partir del primer lustro del presente siglo XXI, nuestros textos legales, ordinarios, estatutarios y autonómicos se han visto inundados con referencias a términos como transparencia, gobierno abierto, buen gobierno, buena administración, Ética pública, calidad de los servicios públicos, buenas prácticas, etcétera³⁵.

5.1. Antecedentes en España: Código de Buen Gobierno de 2005 (derogado).

Hace diez años se publicó la Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2005), que ha sido derogada por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

³⁵ BASSOLS COMA. M.: “Buen gobierno, Ética pública y altos cargos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015, pág. 28. Según él en el plano de las causas eficientes de este movimiento debe situarse, en primer lugar, el principio de transparencia, portador de una serie de valores que se consideran capitales al punto que nuestra reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno los consideró imprescindibles para contribuir a la “necesaria regeneración democrática” de nuestro país.

Sin embargo, a mi juicio, no se entiende que la transparencia se considere como el origen de los códigos éticos, aunque resulte un valor fundamental en la gestión pública —y privada— de las sociedades democráticas, e instrumento fundamental para la consecución del buen gobierno. Esto sí parece correcto.

Pese a reconocer que desde la entrada en vigor de la Constitución Española, el ordenamiento jurídico español se ha enriquecido con normas que garantizan la transparencia, eficacia y dedicación plena de los altos cargos a sus funciones públicas y evita toda aquella actividad o interés que pudiera comprometer su independencia e imparcialidad o menoscabar el desempeño de sus deberes públicos, la parte expositiva de la Orden señala que, no obstante, “en el momento actual, se hace necesario que los poderes públicos ofrezcan a los ciudadanos el compromiso de que todos los altos cargos en el ejercicio de sus funciones han de cumplir no sólo las obligaciones previstas en las leyes, sino que, además, su actuación ha de inspirarse y guiarse por principios éticos y de conducta que hasta ahora no han sido plasmados expresamente en las normas, aunque sí se inducían de ellas y que conforman un código de buen gobierno”.

En esta dirección, la Orden expone que se trata de establecer en dicho código “el respeto a una amplia gama de exigencias entre las que se encuentran no sólo el cumplimiento de las normas legales o reglamentarias”, sino también de otras que denomina “garantías adicionales”, las cuales “configuran un pacto de los poderes públicos con los ciudadanos”

Con tales premisas se aprobó el Código de Buen Gobierno, en el que se distinguen principios básicos, principios éticos y principios de conducta. La confusión a la que vengo refiriendo es notable. Según el Código, resulta que los “principios básicos” son “principios éticos” y “principios de conducta” que después se desarrollan bajo ese enunciado. En este sentido, se afirma que los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado “actuarán, en el desempeño de sus funciones, de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y ajustarán sus actuaciones a los siguientes principios éticos y de conducta... : objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, y promoción del entorno cultural y medioambiental y de la igualdad entre hombres y mujeres.

¿Pero acaso no son principios jurídicos la objetividad, neutralidad, eficacia... según se desprende del art. 103 de la Constitución Española? Lo más cercano a los principios éticos que puede observarse en dicho enunciado son las referencias a la honradez y ejemplaridad. Es la máxima moral “*honestum vivere*” traducida; el *bonum facere* del que nos hablan Séneca y Cicerón, el *opus honestum facere de*

Francisco Suárez. La Constitución de Cádiz proclama como principales obligaciones de todos los españoles el amor a la Patria y el deber de ser justos y benéficos. De esa sencilla proclamación, que en el pasado ha sido objeto de alguna chanza, nos acordamos ahora, en pleno siglo XXI, porque es una llamada a la vida ética, ya que la justicia es dar a cada uno lo suyo y ser benéfico es hacer el bien.

Pero los demás deberes del código de buen gobierno, como se ha visto, son deberes deducibles de la propia Constitución o de las leyes que la desarrollan y van de suyo, sin que sea preciso que aparezcan en forma de “código ético” o del “buen gobierno”. Basta con que el alto cargo, como cualquier servidor público, recuerde la promesa que hizo al tomar posesión y deje que su actuación se vea constantemente iluminada por los principios emanados de la Constitución Española, por el catálogo de derechos y libertades básicas que los poderes públicos están obligados a respetar, por los principios informadores que llevan a la indeclinable tutela de bienes jurídicos garantizados por la Constitución. En especial, es importante que recuerde que el artículo 103 de la Constitución no es papel mojado, que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y que el sistema de incompatibilidades y el deber de actuación imparcial en el ejercicio de sus funciones nacen de la Carta Magna, y obligan no sólo a los funcionarios. Basta con que no olvide el significado de ese artículo 103 y otros concomitantes (23, 105, 106...), y con que recuerde constantemente que le incumbe una importante misión de servicio al interés general; tarea que ha de realizar en un Estado constitucional, y, por tanto, no a la manera del despotismo ilustrado, sino actuando de modo transparente, eficaz y responsable, y facilitando la participación de los ciudadanos en las decisiones que les conciernen.

Por ello no puedo compartir que deberes jurídicos expresamente plasmados en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en otras normas legales (algunas de ellas integrantes del denominado “bloque de la constitucionalidad”) reaparezcan en instrumentos o normas jurídicas de inferior rango como códigos éticos, cuando en realidad estamos hablando de deberes jurídicos, claramente exigibles, y no de simples deberes sino de deberes “*sine qua non*”, sin los cuales sería impracticable el Estado Social y Democrático que se plasma en nuestra Constitución.

Si esto es así -creo que estoy en lo cierto-; si se confunden principios éticos con deberes jurídicos o prohibiciones que nacen de la Constitución, y las “garantías adicionales” a las que se refiere el “Código” se reducen en él a un informe anual

sobre eventuales incumplimientos de los principios éticos y de conducta, elevado al Consejo de Ministros para que analice el porqué de las trasgresiones y adopte medidas oportunas, creo que la conclusión está servida. Pero para reafirmarla prosigo el reconocimiento del paisaje hispánico de estos “códigos éticos” desde nuestro imaginario dron-iusfilosófico.

5.2 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (EBEP; ley derogada) y Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TREBEP).

Ya hemos hecho diversas referencias al código de conducta de los empleados públicos contenido en el capítulo VI del título III del EBEP. La exposición de motivos de dicha Ley señala lo siguiente: *“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 sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio. Este, 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...! dice González Pérez, criticando esta declaración del legislador³⁶. Más crítico se muestra Parada Vázquez, al considerar el EBEP introduce en este punto una “prolija grandilocuente, confusa y repetitiva enumeración de enunciados morales”; enunciados que se descalifica por la sola contemplación de su contrarios, pues se da por descontados que un funcionario no puede actuar con subjetividad,

³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., en su exposición sobre “Ética de la función pública: relaciones personales del funcionario público”; y en su libro *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2014, pág. 114.



irresponsabilidad, parcialidad, despilfarro, inaccesibilidad, ineficacia y deshonestidad”³⁷.

El legislador confiesa paladinamente que su propósito al incluir estas reglas en el Estatuto es que cumplan “finalidad pedagógica y orientadora”. ¿Cómo es posible que a estas alturas el deber de cumplimiento de la Constitución y del ordenamiento jurídico se incluya como un principio ético con finalidad pedagógica? Esto mismo puede predicarse de otros elementalísimos deberes de los empleados públicos que se enuncian como reglas o principios éticos y que en realidad son normas jurídicas, cuya infracción ha de ser sancionada, con la mayor severidad posible en algunos casos.

Tras la derogación de la Ley 7/2007, del EBEP, el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, contempla en su título III, capítulo VI, el código de conducta. Así el artículo 52 se intitula “Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta”. En concreto, al definir ese código de conducta, dispone lo siguiente: “Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, **que inspiran el Código de conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos**³⁸ siguientes.

En el siguiente párrafo del artículo 52 se hace patente que en realidad estamos ante deberes jurídicos respaldados por el régimen disciplinario, pues, se atribuye a los “**principios y reglas establecidos en este capítulo**” el siguiente valor: “**informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos**”. No es necesario profundizar en lo que supone esta confusión conceptual entre normas jurídicas y principios éticos desde el punto el

³⁷ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo II (organización y empleo público)*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 529. Citado por BASSOLS COMA entre los autores que se muestran críticos con estos “principios éticos” del EBEP (BASSOLS COMA. M. “Buen gobierno, Ética pública y altos cargos, op. cit. pág. 43).

³⁸ Añado negrita para destacar este inciso.

punto de vista de la seguridad jurídica; máxime cuando nos movemos en el campo del Derecho sancionador, que ha de estar presidido por la garantía material de taxatividad o certeza (*lex certa*), aunque nos refiramos al régimen disciplinario de los servidores públicos.

En cualquier caso, y aunque sé que la mayor parte de los autores consideran que determinados principios de conducta y organizativos como los que se enuncian en dicha texto legal son reglas éticas, creo que es un planteamiento desacertado, porque se mezclan principios tales como la accesibilidad y la eficacia con la ética. Es más, siendo como soy defensor incansable del principio de transparencia (lo considero esencial para el funcionamiento del Estado democrático y lo ligo con el derecho fundamental de participación política del art. 23 de la Constitución y, en menor medida, con el art. 20), no comparto la afirmación que realiza Hilda Naessens en el sentido de que la transparencia es uno de los valores de la ética en la función pública (es visto como una “herramienta” que permite combatir práctica corruptas). Admito, cómo no, que la transparencia es fundamental para la participación, para hacer efectivo el derecho de acceso a la información y para exigir responsabilidades a los gestores públicos; admito que una Administración Pública transparente genera mecanismos preventivos muy importantes en la lucha contra la corrupción, pero creo que no acierta dicha autora cuando señala que “la ética pública es por tanto un instrumento” para evitar la corrupción”³⁹. La Ética pública, sí es verdadera Ética, no puede ser concebida con esa visión instrumental de la que habla la autora, y menos una “herramienta”

A su vez, el artículo 53 del TREBEP enuncia los principios éticos. Sólo tomo dos muestras; examino el primero y el cuarto: “Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico... 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, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁴⁰.

³⁹ NAESSENS, H.: “*Ética pública y transparencia*, op. cit., págs. 2.115, 2.116 y 2.119.

⁴⁰ Repárese en que los añadidos con respecto al artículo 14 de la Constitución (orientación sexual, género y convicciones) están implícitos en dicho precepto constitucional o derivan de su cláusula de cierre; además de tienen reflejo en normas legales específicas.

Insisto en que no es razonable que el respeto a la Constitución y la prohibición de discriminación sea considerado como un “principio ético”; efectuar esa calificación en una norma legal, aunque sea con buen propósito y con finalidad pedagógica, resta autoridad a la propia Constitución, cuyos mandatos o prohibiciones, claramente establecidos (v. art. 14) no necesitan ser recordados en forma de principios éticos, ya que no sólo vinculan a los poderes públicos, sino también a los particulares, dado el efecto horizontal de los derechos fundamentales.

Si el acatamiento de la Carta Magna fuese un principio ético, una admonición o apelación a la conciencia de los ciudadanos, y al mismo tiempo se exige coactivamente y puede generar responsabilidades penales y disciplinarias, es que la invocación a la ética es una anomalía. Se llama a lo ético para envolver al deber jurídico; se utiliza la Ética como una especie de excipiente para lograr una mejor presentación y sabor del medicamento, pensando quizá que el paciente es más remiso a ingerirlo con el sabor amargo del Derecho.

5.3. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Tampoco realizo un análisis detallado de esta disposición. El título II de la Ley establece las normas de "buen gobierno". Simplemente recordaré algunas observaciones que formuló el Consejo de Estado en su dictamen 707/2012, al examinar el Anteproyecto de Ley. En concreto, refiriéndose a los artículos 23 ("principios éticos y de actuación") y 24 ("infracciones en materia de conflicto de intereses") del citado Anteproyecto de Ley, el Consejo de Estado manifiesta lo siguiente: "... En él se incluye una amplia definición de su ámbito de aplicación, seguida de una extensa relación de principios éticos y morales a los que han de ajustar su actuación los altos cargos de las distintas Administraciones Públicas y de un completo régimen de infracciones y sanciones con el que se pretende reprimir las conductas contrarias al ordenamiento jurídico, reforzándose con ello la ejemplaridad de los gestores públicos de máximo nivel... Tampoco puede cuestionarse la importancia y conveniencia de que las normas jurídicas impongan pautas de comportamiento inspiradas en valores y principios metajurídicos aceptados comúnmente como válidos y deseables por el conjunto de los ciudadanos. Ciertamente y aun cuando no pretenda ahora analizarse o siquiera esbozarse la compleja relación existente entre Derecho y Moral, no puede negarse que en todo ordenamiento jurídico existen determinados elementos axiológicos que

impregnan el contenido de muchas de sus normas, algo que es especialmente patente en el ámbito del Derecho punitivo. Ahora bien, aun siendo ello cierto, no lo es menos que la traslación al ámbito de lo jurídico de normas morales incoercibles puede resultar en determinados casos problemática, en la medida en que el principal instrumento de que el Derecho dispone para forzar el cumplimiento de las leyes es la coacción, siendo así que la observancia de las normas morales o éticas descansa más bien en la persuasión, cuando no en la amenaza del reproche social que su incumplimiento puede conllevar. Partiendo de estas premisas y sin que se objete en sí misma la positivización de principios éticos y de actuación (por lo demás, muchos de ellos recogidos ya en otras normas, entre las que destaca el Estatuto Básico del Empleado Público), sí se considera preciso recomendar que se eviten en la medida de lo posible las formulaciones superlativas y el empleo de construcciones imprecisas o términos abstractos, vagos y excesivamente abiertos, pues su introducción determina siempre la incorporación a la norma de un elemento subjetivo o discrecional de apreciación que, cuando se trata de valorar conductas a efectos de aplicar sanciones (así lo establece expresamente el artículo 23.2, que no sanciona el incumplimiento de los principios enunciados en el primer apartado, pero sí los configura como guía para la aplicación del régimen sancionador), puede perturbar gravemente la seguridad jurídica. Esta puede quebrar igualmente en aquellos casos en que el régimen de infracciones y sanciones no se ajusta debidamente a los principios de tipicidad, legalidad y proporcionalidad.”

Como se ve, el Consejo de Estado es consciente del problema que se aborda en este trabajo, pero quizá por la prudencia y la *elegantia iuris* que caracteriza a la función consultiva, se limita a alertar de los problemas que la recepción de principios éticos puede acarrear, sin cuestionar -al menos no explícitamente- la verdadera naturaleza de tales principios.

En el apartado II del preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, encontramos la siguiente referencia a los principios éticos: “En lo que respecta a buen gobierno, la Ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios y, precisamente por las funciones que realizan,

deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta”. Y en el apartado III se dice; “El título II otorga rango de Ley a los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales. Igualmente, se clarifica y refuerza el régimen sancionador que les resulta de aplicación, en consonancia con la responsabilidad a la que están sujetos”.

Sin embargo, hay una discordancia entre el preámbulo y la realidad conceptual del título II de la Ley reguladora del “Buen gobierno”, cuyo artículo 26 se intitula “principios de buen gobierno” y distingue entre principios generales y principios de actuación. No se emplea la expresión “principios éticos” (a diferencia del Código de Buena de Gobierno de 2005 y del EBEP, y del TREBEP), y en esto se observa un cambio, al menos en lo conceptual, pese a lo que se indica en el preámbulo. No obstante, en cuanto al contenido material, pueden mantenerse algunas de las objeciones ya expuestas. Remito al lector a la lectura de los artículos 25 y 26 de la Ley 19/2013. Aunque no se mencionen bajo la rúbrica “principios éticos”, la Ley incurre en un planteamiento erróneo similar al del Código del Buen Gobierno de 2005 y al del EBEP (actualmente TREBEP), pues enuncia como “principios” obligaciones claramente establecidas, algunas de ellas derivadas de la Constitución Española, como la de asegurar “un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones”. Al igual que en la Ley del EBEP y hoy en su Texto Refundido, el art. 26.3 dispone que: “Los principios establecidos en este artículo informarán la interpretación y aplicación del régimen sancionador regulado en este título”. El artículo 27 regula las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses.

En suma, aunque atenuado persiste el riesgo de confusión, ya que el legislador afirma en el preámbulo de la Ley 19/2013 que dota de rango legal a determinados principios éticos; una confusión conceptual entre lo ético y lo jurídico, que se evidencia cuando se observa que en realidad se regulan deberes, infracciones y sanciones.

Sin perjuicio de lo anterior, el objetivo del buen gobierno que se intenta plasmar será efectivo si el desarrollo y la práctica están en línea con las buenas intenciones del legislador, porque si no es así se corre el riesgo que pone de manifiesto Castillo Blanco al afirmar la importancia de la existencia de cauces y mecanismos de reacción frente al incumplimiento de los principios del buen gobierno, para que este sea efectivo, en el convencimiento de que lo público es de todos y la exigencia

de su buen uso también corresponde a todos; de otro modo –precisa-, si lo que se pretende es, simplemente y una vez más a sabiendas de las carencias que plantea la regulación efectuada, realizar un ejercicio de distracción sirve perfectamente lo regulado con el resultado prácticamente cierto de que dudosamente será aplicado”⁴¹.

5.4. Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado: nuevo planteamiento de la cuestión.

La Ley 3/2015 deroga expresamente el Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005 por el que se aprobó el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, pero en su artículo 3 incorpora determinados principios que han de observarse en el ejercicio de las funciones de alto cargo: objetividad, integridad, transparencia, responsabilidad y austeridad. En esta ocasión no se configuran como “principios éticos”, lo que evidencia el cambio de tendencia ya apuntado en lo conceptual. Quizá el legislador ha decidido llamar al pan, pan y al vino, vino. No obstante, la regulación admite similares reproches, al configurar como principios lo que en realidad son deberes primarios para cualquier servidor público. Además, el artículo 3.2 atribuye a los principios antes enunciados no sólo un “valor informador” de la normativa aplicable al ejercicio de las funciones y la actividad de los altos cargos, sino también un valor interpretativo en la esfera sancionadora, lo que puede suscitar problemas desde el punto de vista de la seguridad jurídica. En este sentido, el referido precepto señala que “*servirán asimismo de criterios interpretativos a la hora de aplicar las disposiciones sancionadoras*”, y remite el desarrollo de tales principios y de las responsabilidades inherentes a su eventual incumplimiento a la regulación de las normas vigentes sobre buen gobierno.

⁴¹ CASTILLO BLANCO, F.: “Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015, págs. 160 y 161.

6. RECAPITULANDO: LA ACUÑACIÓN LEGAL DEL ETHOS-ARETÉ ES PERTURBADORA

Procede ya el aterrizaje suave de nuestro dron-iusfilosófico, Ha sido un vuelo corto, pero fructífero; suficiente por la valiosa panorámica que nos ha proporcionado, porque han bastado unos metros de altura y una óptica sencilla para lograr la entera contemplación del bosque.

He efectuado un excursio para convencerme a mí mismo de que no estoy partiendo de un concepto erróneo de lo que la Ética es y puede representar en relación con el Derecho. Sostengo algo elemental: los principios éticos no son ajenos al Derecho, que no puede ignorar la sustancia ética de muchos preceptos, pero tales principios no deben acuñarse por el legislador como “códigos éticos” “principios éticos”, y menos aún cuando su contenido encierra en realidad mandatos o prohibiciones claramente establecidos en el Derecho vigente, a veces en la propia Constitución Española, nada más y nada menos. He repetido esta idea por activa y por pasiva en este trabajo.

Ciertamente, una vez recepcionados por el Derecho, los postulados éticos no dejan de existir, y son referencia obligada, porque, en muchos aspectos, el ordenamiento jurídico busca en ellos su inspiración y su razón última, a lo que se añade que el Derecho positivo no es perfecto, aunque deba tender a la perfección. No existe, ni ha existido un sistema perfectamente trabado y sin fisuras, en el que las relaciones de conflicto y cooperación de los seres humanos encuentren al punto su solución jurídica, *more geométrico*, como en el ideal codificador.

Ahora bien, cuando los postulados éticos se encarnan en normas o principios jurídicos, son Derecho. En su dimensión jurídica, los postulados éticos cobran un significado propio desde el momento en que rigen la conducta humana como preceptos con fuerza de obligar. Desde ese momento, el comportamiento del sujeto está constreñido por un precepto, un mandato cuyo cumplimiento no se fía al "leitmotiv" del destinatario de la norma. El precepto jurídico es heterónomo; se impone a sus destinatarios sin contar con la libre determinación racional del individuo, la conciencia o la razón vital (por utilizar el término de la filosofía orteguiana).

Puede que el individuo que se atiene a un mandato o prohibición cuyo incumplimiento se sanciona jurídicamente ajuste su conducta al mismo por la

convicción de que así actúa con arreglo a la Ética (y también conforme a Derecho), pero la norma jurídica que castiga el robo o el asesinato responde a un precepto revestido de la coacción y no apela a la conciencia del individuo, ni le invita a reflexionar sobre si asesinar o robar es bueno o malo. La reflexión vendrá dada por la Ética, cuyo papel no puede subestimarse, y debe potenciarse, pero en su propio ámbito.

He respondido a la pregunta que nos hacemos sobre la introducción de códigos de conducta intitulados como “éticos” en disposiciones legales o de otro rango. En éste y otros campos hemos de preguntarnos si no se está produciendo una grave confusión, un *totum revolutum*, que desvaloriza la Ética y el Derecho al mismo tiempo. La proliferación de “éticas” que se confunden con normas deontológicas o principios jurídicos puede degradar la grandeza de los postulados éticos y la autoridad del Derecho.

7. CONCLUSIONES. APOSTEMOS POR LA EDUCACIÓN. CONCIENCIA ÉTICA DE SERVIDORES PÚBLICOS Y CIUDADANOS Y REFORZAMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PREVENCIÓN Y SANCIÓN

No subestimo el papel de los principios éticos en la esfera pública. Antes al contrario, considero que es legítima y apremiante la tarea de formar a los cargos y empleados públicos en la Ética pública. Pero esa formación limitada a los servidores públicos, con ser sumamente importante, sería insuficiente. Los ciudadanos son también agentes de la Ética pública, y a ellos debe ir destinada buena parte de esa tarea formativa, en coherencia con el concepto de Ética Pública que mantengo en este análisis.

Si la formación se toma en serio y se crea una elevada conciencia sobre el comportamiento ético de los cargos y empleados públicos, y de los ciudadanos, tampoco sería necesario un “código ético del buen ciudadano”. El pasado 20 de noviembre de 2015 asistí a la jornada de clausura de las Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y me llamó la atención la reflexión que realizó uno de los asistentes, tras abrirse el coloquio posterior a una mesa redonda. En concreto, se preguntaba si no sería necesario también un código ético del buen ciudadano y se refería a los abusos de algunos usuarios de la asistencia sanitaria, con repercusión para otros pacientes. Estando yo entre el público asistente, no pude resistirme a intervenir, haciéndole ver que comparto esa opinión, porque la Ética pública atañe también al comportamiento de los ciudadanos, aunque también le

expuse que en mi opinión no hace falta un código ético del buen ciudadano, que va de suyo.

Si han proliferado los comportamientos antijurídicos contrarios a la ética pública, analicemos los fallos, potenciemos los instrumentos de control y mejoremos las normas jurídicas que previenen y sancionan estas conductas. El Derecho tiene respuestas y algunas comienzan por tomar en serio el reclutamiento de los cargos públicos y la selección de funcionarios y laborales con arreglo a los principios constitucionales de mérito y capacidad.

No estoy en contra de los códigos éticos, siempre que no se confundan con las normas jurídicas y se dé lugar a un galimatías en donde la ética y lo jurídico se mezclan en una ceremonia de confusión. Son muchas las medidas que pueden tomarse desde el campo estrictamente jurídico, identificando los puntos débiles de una determinada regulación y reflexionando con la ayuda de los propios servidores públicos que conocen bien dónde habrían de situarse los diques frente a la corrupción.

Pero creo que el problema es en gran medida de educación en la virtud, entendida en el sentido aristotélico, y de actitud. La educación es fundamental frente al vaciamiento ético y la desmoralización. Si resulta necesario, al Derecho le toca definir deberes, bien escasos frente a los amplísimos catálogos de derechos de los ciudadanos. El Derecho tiene la respuesta, y la Ética también desde su propia perspectiva; por eso son cuestionables los códigos de conducta ética plasmados en el Derecho positivo, cuyo objeto no es la pedagogía, ni la admonición o apelación a la probidad de los ciudadanos, obligados al cumplimiento de las normas y de los principios y valores que constituyen la base de la convivencia democrática.

Comencé con una cita de Don Quijote, que dejé inacabada. Acabo completándola porque los consejos de Don Quijote son de tanta actualidad que podrían haber propiciado los principios expuestos por Lord Nolan. Con él y con su Comisión de expertos podría haber dialogado en el tiempo nuestro ingenioso hidalgo, en el sentido que sigue.

De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas.

«Mira, Sancho: si tomas por medio a la virtud y te precias de hacer hechos virtuosos, no hay para qué tener envidia a los que padres y agüelos

tienen príncipes y señores, porque la sangre se hereda y la virtud se aquista, y la virtud vale por sí sola lo que la sangre no vale.

»Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos. Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones del rico.

»Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre.

»Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.

»Cuando te sucediere juzgar algún pleito de algún tu enemigo, aparta las mientes de tu injuria y ponlas en la verdad del caso.

»No te ciegue la pasión propia en la causa ajena, que los yerros que en ella hicieres las más veces serán sin remedio, y si le tuvieren, será a costa de tu crédito, y aun de tu hacienda.»

(Don Quijote, segunda parte, capítulo XLII)

IURA HUMANA, UNIVERSALIA SUNT	
<small>IUSTUM EST UT OMNIA SINT ORDINATISSIMAM (S Agustín) BONA FIDES CONTRARIA EST FRAUDI ET DOLO</small>	
Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire	
MODESTINUS	
<small>UBI SOCIETAS, IBI IUS.</small>	HOMO SACRA RES HOMINI (SÉNECA)
<small>EAMQUE RATIONE DECLARAT, QUIA ACTUS HUMANI AUT BONI SUNT AUT MALI AUT INDIFERENTES</small>	
LEX MERE HUMANA NO POTEST PRAECIPERE ACTUM PURE INTERNUM	<small>SATIUS ESSE NOCENTEM ABSOLVERE, QUAM INNOCENTEM CONDEMNARE</small>
FRANCISCO SUÁREZ	
DE LEGIBUS	